Dirk Ippen

Die GmbH u. Co. KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin

1967

Die GmbH & Co. KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der
Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt
von
Dirk Ippen
aus Rüdersdorf b.Berlin
1967

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Lukes

Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 9. März 1967

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung 1

I. Verbreitung der GmbH & Co. KG und Motive für die Wahl dieser Gesellschaftsform 1

II. Die Bedeutung der paritätischen Beteiligung an der GmbH und an der KG 4

III. Das Problem der Arbeit und der Gang der Darstellung 7

Erster Hauptteil: Die Sicherung der Beteiligungsparität durch Vertragsgestaltung 10

I. Die rechtliche Einordnung der Beteiligung an der GmbH & Co. KG und die Aufgaben der Vertragsgestaltung 10

II. Sicherung der einheitlichen Willensbildung in der GmbH und der KG durch Ausschluß der GmbH vom Stimmrecht in der KG 12

III. Die Sicherung der Beteiligungsparität bei ganzer oder teilweiser Veräußerung der Unternehmensbeteiligung 16

IV. Die Durchbrechung der Beteiligungseinheit durch Erbfolge 22

1.) Die Unterschiede in der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen und Kommanditbeteiligung 22

2.) Versuch der Anpassung der Erbfolge in den GmbH-Anteil an die für die Kommanditbeteiligung geltende 'Sondererbfolge' 25

3.) Die Bedeutung der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers für die einheitliche Verwaltung der Beteiligung 28

4.) Anpassung der Gesellschaftsverträge an die bei einer Mehrheit von Erben eintretende Durchbrechung der Beteiligungsidentität 30

V. Die Sicherung der paritätischen Beteiligung in den Fällen des Austritts oder Ausschlusses eines Gesellschafters 32

VI. Die Beteiligungseinheit im Falle der Kündigung durch die Privatgläubiger und bei Konkurs eines Kommanditisten 36

Seite

VII. Ergebnis des ersten Hauptteils 38

Zweiter Hauptteil: Die rechtliche Zulässigkeit des Erwerbes sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH durch die GmbH & Co. KG 40

I. Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG als Sonderfall der wechselseitigen Beteiligung von Gesellschaften 40

II. Die Ausübung des Stimmrechtes aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteilen 45

1.) Die Ausübung des Stimmrechtes durch die GmbH 45

a) Die Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Anteilen als Geschäftsführungsmaßnahme der KG 46

b) Folgen für die Zulässigkeit der Ausübung des Stimmrechtes durch die GmbH 52

2.) Die gesellschaftsvertragliche Regelung der Ausübung des Stimmrechtes 65

a) Die Übertragung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auf die Kommanditisten 65

b) Die Berücksichtigung des Gebotes der einheitlichen Stimmrechtsausübung 69

III. Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG vom Standpunkt des Gläubigerschutzes 75

1.) Die Sicherung der vollständigen Aufbringung des Stammkapitals 75

2.) Der Schutz des vollständig geleisteten Stammkapitals vor Rückzahlung an die Gesellschafter 82

IV. Ergebnis des zweiten Hauptteils 89

Seite

Dritter Hauptteil: Die Haftung der Kommanditisten einer GmbH & Co. KG, die sämtliche Anteile ihrer Komplementär-GmbH erworben hat 90

I. Die Schuldenhaftung bei der normalen GmbH & Co. KG 90

II. Besonderheiten hinsichtlich der Schuldenhaftung, wenn sämtliche Anteile der Komplementär-GmbH der GmbH & Co. gehören 93

III. Die Haftung der Kommanditisten bei besonderen Tatbeständen 97

1.) Der Ausschluß der persönlichen Haftung gem. § 171 HGB, wenn die Einlage der Kommanditisten lediglich in den GmbH-Anteilen besteht 97

2.) Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. unter Zahlung eines Überpreises und die Rückzahlung der Einlage der Kommanditisten 101

IV. Ergebnis des dritten Hauptteils 103

Anhang: Die steuerrechtlichen Auswirkungen des Erwerbes der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. 104

I. Die GmbH-Anteile im Betriebsvermögen der KG 104

II. Das Vorliegen von Mitunternehmerschaft (§ 15 Ziff. 2 EStG), wenn die Kommanditisten lediglich die GmbH-Anteile einbringen 106

III. Die steuerlich wirksame Gewinnverteilung und die Voraussetzungen zum Abschluß eines Ergebnisabführungsvertrages mit der GmbH 108

Literaturverzeichnis

Ballerstedt	Bedarf ein Beschluß der Gesellschafter einer GmbH der Verkündung durch den Vorsitzer? In: GmbH-Rundschau 1955 S. 160 ff.
Barella	Erbfolge bei GmbH-Gesellschaftern In: GmbH-Rundschau 1959 S. 45 ff.
Bartholomeyczik	Die Stimme im System unserer Rechtshandlungen 1937
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch 17. Aufl., München u. Berlin 1966
Baumbach-Hueck	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 11. Aufl., München u. Berlin 1964
ders.	Aktiengesetz 12. Aufl., München u. Berlin 1965
Becker	Handkommentar der Reichssteuergesetze II. Bd. 2. Teil, Das Einkommensteuergesetz, Stuttgart 1929
Begründung	zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mbH, stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, I. Session 1890/92, Anlagenband V, Aktenstück Nr. 660
Behrens	Organschaftsverhältnis zwischen GmbH & Co. und der Komplementär GmbH In: Der Betrieb 1961 S. 522
Bericht	über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft Bundestags-Drucksache IV 2320 S. 69
Boehmer	Die uneinheitliche Stimmrechtsausübung bei Handelsgesellschaften In: Neue Juristische Wochenschrift 1949 S. 564 ff.

Boesebeck	Die kapitalistische Kommanditgesellschaft Frankfurt 1938
ders.	Die kapitalistische Kommanditgesellschaft In: Soziale Praxis 1938 S. 715
Böttcher	Zum Steuer- und Wirtschaftsrecht der Familienunternehmen In: Steuerberater-Jahrbuch 1963/64 S. 129 ff
Böttcher-Beinert	Die GmbH & Co. In: Rechts- und Wirtschaftspraxis (RWP) 4 Wi- R D
Brodmann	Gesellschaft mbH & Compagnie - ein Epilog In: Juristische Wochenschrift 1922 S. 1656 ff.
ders.	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 2. Aufl., Leipzig 1930
Buchwald	Der eigene Anteil der GmbH In: GmbH-Rundschau 1958 S. 169 ff.
Burchard	Befugnisse eines Testamentsvollstreckers in einer GmbH In: GmbH-Rundschau 1954 S. 150
Burhoff	Umsatzsteuerliche Organschaft zwischen GmbH & Co. und deren Komplementär-GmbH In: GmbH-Rundschau 1960 S. 172
Busse	Das Depotstimmrecht der Banken in ihren eigenen Hauptversammlungen In: Neue Juristische Wochenschrift 1960 S. 1981 ff.
ders.	Depotstimmrecht der Banken Wiesbaden 1962
Cahn	Die GmbH & Co. KG Mannheim 1922
Crüger-Crecelius	Gesellschaften mit beschränkter Haftung 6. Aufl., Berlin-Leipzig 1922

Derichs, Josef	Zulässigkeit der Beteiligung jur. Personen des Handels- und Bergrechts an einer oHG bzw. KG vom Standpunkt des Gläubigerschutzes aus Dissertation, Bonn 1927
Donner	Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten In: Deutsche Notarzeitung 1944 S. 143 ff.
Drechsler, Wolfgang	Die GmbH & Co. und die GmbH & Co. im engeren Sinne Dissertation, Göttingen 1951
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch Band II Teil 2 3. Aufl., Mannheim-Leipzig-Berlin 1932
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band III, Sachenrecht, bearb. v. Wolff-Raiser 10. Aufl., Tübingen 1957 Band I, Erbrecht, bearb. v. Coing 11. Aufl., Tübingen 1960
Entwurf	eines Aktiengesetzes mit Begründung (Regierungsentwurf 1960) Bundestags-Drucksache III 1915
Feine	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung In: Ehrenbergs-Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Bd. III. Abschnitt, Leipzig 1929
Fetsch	Die GmbH & Co. im Steuerrecht Düsseldorf 1964
Fischer, Curt	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948
ders.	Die Pfändung und Verwertung eines GmbH Geschäftsanteils In: GmbH-Rundschau 1961 S. 21 ff.

Flechtheim	Die GmbH als Komplementär einer Kommanditgesellschaft In: Juristische Wochenschrift 1923 S. 227 ff.
Fleck, Fritz	Die Gesellschaft als Teilhaber von Personalgesellschaften Dissertation, Köln 1924
Friedländer	Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis 2. Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1954
Frohner	Aktiensonderdepot und Legitimationsübertragung Hamburg 1929
Gadow-Heinichen	Aktiengesetz Großkommentar, Berlin 1961
v. Gierke, Julius	Handels- und Schiffahrtsrecht 7. Aufl., Berlin 1955
v. Godin-Wilhelmi	Kommentar zum Aktiengesetz 2. Aufl., 1950
Gonella	Kann die GmbH & Co. KG Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden GmbH-Komplementärin sein? In: Der Betrieb 1965 S. 1165 ff.
Hachenburg	Zum Erwerbe eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung In: Festschrift für Cohn, S. 79 ff. Zürich 1915
ders.	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1926 6. Aufl., Berlin 1956
Hallermann, Hermann	Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personengesellschaft Dissertation jur., Münster 1954
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht 4. Aufl., Tübingen 1952

Heins — Betrachtungen zum Recht der oHG
In: Neue Juristische Wochenschrift 1948 S. 252 ff.

Hesselmann — Die GmbH & Co.
In: Der Betriebsberater 1964 S. 1351 ff.

ders. — Handbuch der GmbH & Co.
8. Aufl., Köln 1965

ders. — Neues zur GmbH & Co.
In: GmbH-Rundschau 1965 S. 40 ff.

Heuer, Otto — Handelsgesellschaften als Mitglieder von oHGs und KGs
Dissertation, Köln 1926

Hösel — Eigene Geschäftsanteile der GmbH
In: Deutsche Notarzeitschrift 1958 S. 5 ff.

Holdheim — Die AG als Mitglied einer oHG
In: Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen Bd. I (1892) S. 195 ff.

Hueck — Gesellschaftsvertrag und Erbrecht
In: Deutsche Notarzeitschrift 1952 S. 550 ff.

ders. — Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH
In: Der Betrieb 1957 S. 37 ff.

ders. — Das Recht der offenen Handelsgesellschaft
3. Aufl., Berlin 1964

Klausing — Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände
Berlin-Wien 1928

Knur — Besprechung von Hesselmann, Handbuch der GmbH & Co., 7. Aufl.
In: Deutsche Notarzeitschrift 1964 S. 702 ff.

Kommentar	zum HGB, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichtes 2. Band, bearbeitet von Weipert 2. Aufl., Berlin 1950
Krill	Die Zugehörigkeit von Wirtschaftsgütern zum Betriebsvermögen In: Neue Wirtschaftsbriefe, Fach 17 a
Kunz, Alfred	Rechtsgebilde als Gesellschafter in oHGs Dissertation, Breslau 1914
Lange	Die GmbH & Co. In: Neue Wirtschaftsbriefe, Fach 18 S. 347 ff.
Lehmann, Fritz	Rechtsformen und Wirtschaftstypen der privaten Unternehmung Mannheim, Berlin, Leipzig 1925
Liebisch	Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters In: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 116 S. 128 ff.
Loos	Besprechung von Hesselmann, Handbuch der GmbH & Co., 7. Aufl. In: Neue Juristische Wochenschrift 1964 S. 1265
Mertens	Die Einmann-GmbH & Co. KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung In: NJW 1966, 1049 ff.
Mestmäcker	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre Karlsruhe 1958
Mordhorst-Thießen Ernst-August	Das Verbot des Erwerbs von Anteilen an Kapitalgesellschaften Dissertation, Kiel 1956
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht 2. und 3. Aufl., 1928

Müller-Erzbach	Die Haftung und die Vermögensbeteiligung des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters, besonders im Falle ihrer Anteilnahme an der Unternehmensverwaltung In: Festschrift für Heymann, Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. II S. 757 ff. Weimar 1940
ders.	Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens Weimar 1948
Niethammer	Die Haftung eines zum Prokuristen bestellten Kommanditisten In: Der Betriebsberater 1959 S. 725 ff.
Nussbaum, Ernst	Die GmbH und Co., Kommanditgesellschaft, rechtliche Haltbarkeit dieses Zwittergebildes des modernen Gesellschaftsrechts Dissertation, Köln 1922
Obermüller-Werner-Winden	Leitfaden für die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft 2. Aufl., Düsseldorf 1964
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch bearbeitet von Danckelmann u.a. 25. Aufl., München-Berlin 1966
Peters-Herrmann	Kommentar zum Einkommensteuergesetz und Körperschaftssteuergesetz 10. Aufl., Köln 1963
Referentenentwurf	eines Aktiengesetzes veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium Bonn 1958
Richardi	Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft Berlin 1961
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2. Aufl., München-Berlin 1932

Römer — Nachfolge und Bestandssicherung der Personalhandelsgesellschaften im Erbfall
In: Abhandlungen aus dem Industrieseminar der Universität zu Köln, Heft 17, 1963

Ruth — Eigene Aktien und Verwaltungsaktien
Heft 9 der Gesellschaftsrechtlichen Abhandlungen, herausgegeben v. Nußbaum
Berlin 1928

ders. — Besprechung von Frohner, Aktiensonderdepot und Legitimationsübertragung
In: Juristische Wochenschrift 1930 S. 1374 ff.

Schefer — Kann die Satzung einer GmbH bestimmen, daß ein Geschäftsanteil beim Tod seines Inhabers untergehen soll?
In: GmbH-Rundschau 1961 S. 7 ff.

ders. — Der Ausschluß der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen
In: Der Betrieb 1964 S. 759 f.

Scheuing, Paul — Die Führung einer 2. Firma durch Handelsgesellschaften und deren Teilnahme an einer oHG
Dissertation, Tübingen 1905

Schilling — Das Depotstimmrecht der Bank in der eigenen Hauptversammlung
In: Neue Juristische Wochenschrift 1961 S. 486 ff.

ders. — Die GmbH & Co.
Besprechung von Hesselmanns Handbuch
In: Juristische Rundschau 1964 S. 252 ff.

Schlegelberger — Handelsgesetzbuch
2. Band, erläutert von Geßler
4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1963

Schmidt — Ist der Siegeszug der GmbH & Co. noch aufzuhalten?
In: GmbH-Rundschau 1965 S. 7 ff.

Schönle	Grundtypenvermischung im neuen Recht Berlin 1935
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz 5. Aufl., Köln 1964
Schuler	Die Pfändung von GmbH-Anteilen und die miterfaßten Ersatzansprüche In: Neue Juristische Wochenschrift 1960 S. 1423 ff.
ders.	Einziehung von GmbH-Anteilen kraft Satzung In: GmbH-Rundschau 1962 S. 114 ff.
Semmel, Fritz	Die Beteiligung einer AG an anderen handelsgesellschaftlichen Unternehmungen Dissertation, Würzburg 1919
Serick	Rechtsform und Realität juristischer Personen Berlin, Tübingen 1955
Seydel	Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH In: Der Betrieb 1965 S. 1093 f.
Siebert	Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters In: Festschrift für Hueck, S. 321 ff. München, Berlin 1959
Simon	Kann die GmbH & Co. KG Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin sein? In: Der Betrieb 1963 S. 1209 ff.
Simon-v.Schönfeld	Gesellschaftsformen im Wirtschaftsleben Flensburg 1960
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch Band V 9. Aufl., Stuttgart 1961

Staab	Die Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Kommanditisten In: Betriebsberater 1959 S. 435 ff.
Staub	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Berlin 1903
Staub-Pinner	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 14. Aufl., Berlin u. Leipzig 1932
Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 11. Aufl., Berlin 1958
Stolz, Alfred	Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Mitglieder von Personalgesellschaften und der Gläubigerschutz Dissertation, Erlangen 1930
Sudhoff	Die Vererbung von GmbH-Anteilen In: Der Betrieb 1963 S. 1109 ff.
Thomae	Die Haftung der GmbH & Co. KG In: Die Steuerberatung 1964 S. 274 f.
v. Tuhr	Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Leipzig 1910, 1913, 1914
Unger	Der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH 1925
Vogel	GmbH-Gesetz, Kommentar Berlin u. Frankfurt 1950
Westermann	Die Anpassung der GmbH an den Zweck des Unternehmens In: Aktuelle Gesellschaftsprobleme und Grundfragen der EWG, 1959 S. 57-76
ders.	Sachenrecht 4. Aufl., Karlsruhe 1960
Wieland	Handelsrecht Bd. I München 1921

Winter — Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften
Köln 1960

ders. — Die Zulässigkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe durch den Gesellschafter einer GmbH
In: GmbH-Rundschau 1965 S. 23 ff.

Wolnay — Recht und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH
Köln 1965

Zöllner — Die Schranken der mitgliedschaftlichen Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden
München und Berlin 1963

Abkürzungen

BB	Der Betriebsberater
BdF	Bundesminister der Finanzen
BFH	Bundesfinanzhof
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BStBl	Bundessteuerblatt
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearb. von Bolze
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
EStG	Einkommensteuergesetz
FinMin	Finanzministerium
GmbHG	Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HoldheimsZ	Monatsschrift für Handelsrecht
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RFH	Reichsfinanzhof
RG	Reichsgericht
RGRHGB	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Handelsgesetzbuch
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

RStBl	Reichssteuerblatt
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
StBer	Die Steuerberatung
Stbjb	Steuerberaterjahrbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft
StRK	Steuerrechtsprechung in Karteiform
UStG	Umsatzsteuergesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen

Einleitung

I. Verbreitung der GmbH & Co. KG und Motive für die Wahl dieser Gesellschaftsform

Wer die Wirtschaftspresse und vor allem die Handelsregistereintragungen verfolgt, wird immer wieder auf die erstaunlich große Zahl der Neugründungen von Gesellschaften mbH & Co. KG oder Umwandlungen bekannter Unternehmen in diese Gesellschaftsform aufmerksam. Eine Statistik darüber liegt leider nicht vor, da die Kommanditgesellschaften, zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern eine GmbH gehört, nicht gesondert erfaßt werden. Nach den Angaben des dem Bundestag vorgelegten Konzentrationsberichtes[1] befanden sich 1960 unter den 1000 größten deutschen Industrieunternehmen 16 Gesellschaft mbH & Co.[2]. Diese Zahl scheint noch verhältnismäßig niedrig. Im Handel dürfte der Anteil der GmbH & Co. KG auch 1960 schon größer gewesen sein.

Der einzige Nachteil dieser Gesellschaftsform gegenüber anderen Kommanditgesellschaften war es bisher, daß der Erwerb von Kommanditanteilen an einer GmbH & Co. KG sowie Leistungen auf Gesellschafterdarlehen der Kapitalverkehrssteuer unterlagen; § 6 Abs. 1 Ziff. 4 Kapitalverkehrssteuergesetz. Inzwischen hat der zweite Senat des Bundesfinanzhofes mit Urteil vom 3. 12. 1964[3] eine Kapitalverkehrssteuerpflicht

---

1) Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft = BTDrucksache IV 2320, S. 69.

2) Zum Vergleich: 5 KG a.A., 26 OHG, 38 Einzelunternehmen, 143 sonstige KG; 299 GmbH, 435 AG und 28 sonstige.

3) Aktenz. II 12/61 S = BStBl 1965, III, S. 19; vgl. auch dazu BB 1965, S. 31 f.; und die Besprechung von Hesselmann in GmbHR, 1965, S. 40 f.

verneint, da § 6 Abs. 1 Ziff. 4 Kapitalverkehrssteuergesetz wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG nichtig sei. Wenn es dabei bleibt[4], ist ein in der Praxis schwerwiegendes Argument gegen die Gründung von Gesellschaften mbH & Co. KG weggefallen, so daß mit einem weiteren Ansteigen der Zahl von Neugründungen in dieser Gesellschaftsform zu rechnen ist[5].

Wie vor allem Hesselmann[6] an Fällen aus der Praxis ausführlicher dargelegt hat, erfolgt die Gründung von Gesellschaften mbH & Co. KG keineswegs nur aus steuerlichen Gesichtspunkten. Die Vermeidung der steuerlichen Doppelbelastung der Gewinne mit Einkommensteuer und Körperschaftssteuer ist vielmehr nur ein Motiv für die Wahl einer GmbH & Co. KG. Wäre es das einzige, dann könnte man sofort eine gewöhnliche KG gründen und auf die GmbH ganz verzichten. Was aber die GmbH & Co. KG für viele Unternehmer so interessant macht, ist die Tatsache, daß sich in ihr die Vorteile der GmbH mit denen der KG vereinigen lassen.

Zu denken ist hier vor allem an die Haftungsbeschränkung sowie an die Möglichkeit, Organe zu bestellen, die nicht Gesellschafter sind. Praktisch wird damit das kapitalgesellschaftliche Prinzip der Drittorganschaft auch für die Personalgesellschaft eingeführt. Denn die Geschäftsführer der GmbH repräsentieren die KG wie ein Komplementär. Nur leiten sie ihre

---

4) Gegen das Urteil hat die Bayrische Staatsregierung am 17. 9. 65 Normenkontrollklage zur Feststellung der Verfassungsmäßigkeit des § 6 Abs. 1 Nr. 4 erhoben. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bleibt daher abzuwarten. (vgl. DB 65, 1723).

5) Vgl. dazu den Aufsatz von Schmidt in GmbHR 1965, S. 7 ff. unter dem bezeichnenden Titel: "Ist der Siegeszug der GmbH & Co. noch aufzuhalten?"

6) Handbuch der GmbH & Co. KG, S. 1 ff.

Befugnisse nicht unmittelbar von der KG, sondern allein von der GmbH ab. Man hat sie daher auch als "mittelbare Geschäftsführer der KG" bezeichnet[7]. Die Möglichkeit, gesellschaftsfremde Geschäftsführer zu bestellen, ist besonders dann von Bedeutung, wenn in einer Familiengesellschaft noch kein geeigneter Nachfolger vorhanden ist, sondern ein Fremder die Unternehmensleitung für längere oder kürzere Zeit übernehmen muß. In einer normalen Kommanditgesellschaft könnte ihm dazu immer nur die nicht so repräsentative Stellung eines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten eingeräumt werden.

Neben den Vorteilen der Kapitalgesellschaft bietet die GmbH & Co. KG aber auch die Vorteile der Personalgesellschaft; denn um eine solche handelt es sich ja. So können die Gesellschafter ihr Verhältnis untereinander im Gesellschaftsvertrage z.B. hinsichtlich der Entnahmeregelung völlig frei gestalten; §§ 161 Abs. 2, 109 HGB. Als Gesellschafter einer GmbH wären sie dagegen durch eine Reihe von im Gläubigerinteresse zwingenden Vorschriften beschränkt. Ein wichtiger Punkt ist es auch, daß der erzielte Gewinn unmittelbar den Gesellschaftern anfällt und nicht erst, wie bei der GmbH, über dessen Ausschüttung Beschluß gefaßt werden muß. Ganz allgemein läßt sich sagen, daß die GmbH & Co. KG sehr viel besser den Bedürfnissen des Einzelfalles angepaßt werden kann, als dies bei einer GmbH möglich ist.

---

7) Hesselmann, Handbuch, S. 99 ff.

II. Die Bedeutung der paritätischen Beteiligung an der GmbH und an der KG

Eine GmbH & Co. kann dadurch entstehen, daß sich eine bestehende GmbH mit einer Gruppe von Unternehmern zum Betrieb eines neuen Unternehmens zusammenschließt, die ihr als Dritter und nicht als Gesellschafter gegenübersteht. Die Gesellschafter der GmbH sind dann nicht mit den Kommanditisten identisch und verfolgen andere Interessen.

Dieser Fall bietet gegenüber einer normalen KG die einzige Besonderheit, daß, mehr oder weniger zufällig, eine juristische Person Gesellschafterin wird. Auch dann liegt aber eine GmbH & Co. vor, soweit die GmbH die Stellung als Komplementärin übernimmt (sogenannte GmbH & Co. im weiteren Sinne). In diesem Fall brauchen die Beteiligung an der KG und die an der GmbH nicht aufeinander abgestimmt zu werden.

Das Bedürfnis nach einer Vereinigung der Vorteile einer GmbH mit denen einer KG ist aber so groß, daß Gesellschaften mbH & Co. KG vor allem auch dann gegründet werden, wenn nur eine Unternehmergruppe - z.B. mehrere Mitglieder einer Familie - vorhanden ist. Die Beteiligten gründen dann zunächst eine GmbH und anschließend mit der GmbH und sich selbst eine KG, in der die GmbH die Stellung des Komplementärs übernimmt und sie selbst zu Kommanditisten werden (sogenannte GmbH & Co. KG im engeren Sinne). Nur dann kann man mit Recht von der GmbH & Co. KG als einer besonderen Gesellschaftsform sprechen. Hier taucht dann die Frage auf, ob die Beteiligung eines jeden Gesellschafters an der KG genau seinem Anteil am Stammkapital der GmbH entsprechen soll oder ob es unschädlich bzw. sogar

wünschenswert ist, wenn die Beteiligungsverhältnisse in beiden Gesellschaften sich verschieden entwickeln.

Hesselmann[8)] hat mit Recht darauf hingewiesen, daß es durchaus dem Wunsche der Beteiligten entsprechen kann, nur einigen Gesellschaftern Einfluß auf die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG zu geben. Nur diese werden dann auch am Kapital der GmbH beteiligt, während die anderen Gesellschafter nur Kommanditisten werden. Eine solche Gestaltung kann z.B. dann zweckmäßig sein, wenn von mehreren Erben eines Familienunternehmens nur einige fähig sind, die Geschäfte zu führen.

Das entspricht jedoch keineswegs der für die GmbH & Co. KG typischen Interessenlage. Wenn sich mehrere Geldgeber zur Gründung eines Unternehmens entschließen, so erstreben sie, daß jeder von ihnen auf die Führung des Unternehmens den Einfluß hat, der seinem Einsatz an Kapital entspricht. Auch Geldgeber, die im Unternehmen selbst nicht tätig werden wollen, werden sich nicht mit einer Beteiligung lediglich an der KG zu-frieden geben. Denn damit würden sie jeden Einfluß auf die Bestellung der GmbH-Geschäftsführer, die ja auch die GmbH & Co. KG repräsentieren, verlieren. Mit einer Beteiligung nur an der KG wird sich höchstens eine kleine Minderheit abfinden, die ohnehin nicht hoffen kann, diese und andere für die GmbH & Co. wichtige Entscheidungen, die in der GmbH getroffen werden, maßgeblich zu beeinflussen.

Deswegen wird jeder Gesellschafter darauf bestehen, daß er am Stammkapital der GmbH mit einem Anteil beteiligt wird, der seinem Anteil am gesamten Kommanditkapital der KG entspricht. Zwischen der GmbH und der KG besteht dann Beteiligungsidentität, d.h.,

---

8) BB 1964, S. 1351 ff. (1352).

jeder Gesellschafter mit Ausnahme der GmbH selbst ist an beiden Gesellschaften in sich entsprechender Weise beteiligt[9].

Ein solches Verhältnis der Beteiligungen an der GmbH und der KG ist aber nicht nur für den einzelnen Gesellschafter, sondern für das Unternehmen selbst und damit also für alle Gesellschafter von Interesse. Denn bei dieser wohl häufigsten Gestaltungsform der GmbH & Co. KG sind alle Gesellschafter an einem einheitlichen Unternehmen auf zweierlei Weise beteiligt: einmal unmittelbar als Kommanditisten und außerdem mittelbar als Gesellschafter der GmbH. Das hat zur Folge, daß auch die Bildung des maßgebenden Willens der Gesellschaft von zwei voneinander unabhängigen Gesellschafterversammlungen abhängt, soweit es sich nicht um die gewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen handelt, die die GmbH als Komplementärin allein zu entscheiden hat; (§ 164 HGB): Von der Gesellschafterversammlung der GmbH und darauf folgend den Gesellschafterbeschlüssen der KG. Wenn sich dabei unterschiedliche Mehrheiten ergeben, so ist damit die einheitliche Willensbildung in dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen nicht mehr unbedingt gewährleistet, wie noch ausführlicher zu zeigen sein wird[10]. Es ist daher auch zur Herstellung einer dauerhaften Einheit von GmbH und KG in dem gemeinsamen Unternehmen von Wichtigkeit, die Aufrechterhaltung der Beteiligungsidentität für die Zukunft zu sichern.

Schließlich ist die Gleichheit der Beteiligung

---

9) Einer Mitteilung von Lehmann, aaO., S. 49, Anm. 28, ist zu entnehmen, daß es sich in zehn von elf in den Jahren 1920/22 im Handelskammerbezirk Köln untersuchten Fällen um solche Gesellschaften mbH & Co. im engeren Sinne handelte.

10) S. unten, S. 12 ff.

an der GmbH und an der KG noch für das Vorliegen der umsatzsteuerlichen Unternehmereinheit zwischen GmbH und KG und damit für die Umsatzsteuerfreiheit von Innenumsätzen von Bedeutung[11].

III. Das Problem der Arbeit und der Gang der Darstellung

Aus der dargestellten Interessenlage ergibt sich für jeden, der mit der Gestaltung der Verträge einer GmbH & Co. KG betraut ist, die Notwendigkeit, Überlegungen darüber anzustellen, wie die Aufrechterhaltung der Beteiligungsidentität und damit die Herstellung einer sicheren Verzahnung von beiden Gesellschaften garantiert werden kann. Wie im ersten Teil der Arbeit zu zeigen sein wird, bedarf es dazu einer sorgfältigen Abstimmung von GmbH-Satzung und KG-Vertrag, sowie der Statuierung komplizierter Übertragungsverpflichtungen in den Fällen des Gesellschafterwechsels.

Alle Schwierigkeiten lassen sich aber trotz komplizierter Vertragsbestimmungen nicht lösen. Der tiefere Grund dafür liegt darin, daß den Gesellschaftern eine ihren Interessen entsprechende Beteiligung an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen rechtlich nur durch Beteiligung an zwei Gesellschaften ermöglicht werden kann, die nach dem Gesetz verschiedenen Regeln unterworfen sind.

Hier liegt ein echter Nachteil der GmbH & Co. KG. Die GmbH wird überhaupt nur gegründet, um die Vereinigung der Vorteile der Kapitalgesellschaft mit denen der Personalgesellschaft verwirklichen zu können. Aus dieser Gründung ergibt sich aber zwangsläufig als

---

11) Vgl. Hesselmann, Handbuch, S. 193 ff.

unerwünschte Nebenfolge die Aufspaltung der Beteiligung an der GmbH & Co.

Eine wirkliche Lösung der Probleme wäre es daher nur, wenn es gelänge, die Beteiligungen an der GmbH und an der KG so zu vereinen, daß mit der Beteiligung als Kommanditist automatisch eine entsprechende Beteiligung an der GmbH verbunden wäre. Eine solche Vereinheitlichung der Beteiligungen an der GmbH & Co. wäre dann gegeben, wenn die KG selbst unter ihrer Firma alle GmbH-Anteile erwürbe.

Ist umgekehrt eine normale Kommanditgesellschaft bereits im Besitze sämtlicher Geschäftsanteile einer GmbH und will der persönlich haftende Gesellschafter unter Umwandlung der Firma in eine GmbH & Co. Kommanditist werden, dann kann es von Bedeutung sein, ob die Gesellschaft ihre Tochter-GmbH als persönlich haftenden Gesellschafter aufnehmen kann.

Auf die Möglichkeit einer GmbH & Co., die Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer allein persönlich haftenden Gesellschafterin ist, wird neuerdings im Schrifttum gelegentlich hingewiesen[12]. Die Konstruktion wird überwiegend für zulässig gehalten; ganz ablehnend äußert sich lediglich Gonella[13]. Ob man deswegen schon - wie Mertens es tut -[14] von einer herrschenden Meinung sprechen kann, erscheint zweifelhaft. Denn an einer genaueren Untersuchung dieser Spezial-

---

12) Vgl. Gonella, DB 65, 1165 ff.; Mertens, NJW 66, 1049 ff.; Simon, DB 63, 1209 ff.; Hesselmann, GmbHR 65, 13 ff. (13); ders. BB 64, 1351 ff. (1352); ders., Handbuch, S. 12; Loos, NJW 64, 1265; Fetsch, aaO., S. 21 ff; Böttcher, aaO., S. 131; Böttcher-Beinert, aaO., unter I B

13) AaO. S. 1165 ff.

14) AaO. S. 1049

form der GmbH & Co., die sehr viele Besonderheiten bietet, fehlt es bisher.

Auch eine einheitliche Bezeichnung der neuen Konstruktion hat sich noch nicht durchgesetzt. Mit Mertens hier von der "Einmann-GmbH & Co. KG"[15] zu sprechen, halte ich nicht für glücklich. Darunter ist in erster Linie eine GmbH & Co. KG zu verstehen, deren einziger Kommanditist zugleich Alleingesellschafter der Komplementär GmbH ist. Eindeutig ist dagegen die Bezeichnung "GmbH = KG", die von Fetsch[16] eingeführt ist, sich aber noch nicht durchgesetzt hat. Sie soll in der folgenden Darstellung gelegentlich aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung verwandt werden.

Die vorliegende Arbeit wird zunächst von einigen Problemen der Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co. KG ausgehend, das wirtschaftliche Interesse an der Einbringung der GmbH-Anteile in das gesamthänderisch gebundene Vermögen der Kommanditisten nachweisen. Es folgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den gegen diese Konstruktion vorgebrachten Bedenken, insbesondere hinsichtlich der Stimmrechtsausübung und vom Standpunkt des Gläubigerschutzes. Anschließend werden Auswirkungen auf die beschränkte Haftung der Kommanditisten untersucht. In einem kurzen Anhang werden einige Steuerfragen erörtert, die mit dem Anteilserwerb verbunden sind.

---

15) Mertens, aaO. S. 1049.
16) Fetsch, aaO. S. 21 ff.

Erster Hauptteil:

Die Sicherung der Beteiligungsparität durch Vertragsgestaltung

I. Die rechtliche Einordnung der Beteiligung an der GmbH & Co. KG und die Aufgaben der Vertragsgestaltung

Bei der GmbH & Co. KG stellt sich das Problem der Einheit der Beteiligung immer dann, wenn an der GmbH und am Kommanditkapital der KG dieselben Personen im gleichen Verhältnis beteiligt sind. Denn dann bildet für jeden Gesellschafter seine Beteiligung an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit. Wie in der Einleitung gezeigt wurde, haben die Gesellschafter und die Gesellschaft Interesse daran, daß diese Beteiligung auch rechtlich eine Einheit bildet, damit die Beteiligungsidentität in beiden Gesellschaften gesichert bleibt.

Von einer rechtlich einheitlichen oder auch nur parallelen Behandlung der Beteiligungen eines jeden Gesellschafters kann aber keine Rede sein. Diese bestehen vielmehr rechtlich aus einem GmbH-Geschäftsanteil und der durch die Kommanditeinlage begründeten Beteiligung an der KG. Der GmbH-Geschäftsanteil ist rechtlich selbständig (§ 15 GmbHG) und unterliegt den Vorschriften des GmbH-Gesetzes. Der "Anteil" an der Kommanditgesellschaft ist nach dem Gesetz unselbständig; §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 719 Abs. 1, 738 Abs. 1 S. 1 BGB. Seine Behandlung richtet sich nach den §§ 105 ff. HGB.

Die erste Aufgabe für die Vertragsgestaltung liegt daher darin, die rechtliche Behandlung der beiden Bestandteile der Beteiligung aneinander anzupassen. Dabei entspricht es der normalen Interessenlage,

der Beteiligung an der KG möglichst dieselbe rechtliche Selbständigkeit zu geben, die der GmbH-Geschäftsanteil schon nach dem Gesetz hat.

Dazu ist zunächst bei der KG ein bestimmtes Festkapital zu bilden. Die Beteiligung des einzelnen Gesellschafters an der KG läßt sich dann, ähnlich wie es für den GmbH-Geschäftsanteil in Beziehung auf das GmbH-Stammkapital geschieht, durch einen ziffernmäßig bestimmten Anteil an dem Festkapital der KG ausdrücken. Außerdem muß in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach die Gesellschafter über ihren Anteil am Festkapital ganz oder teilweise frei verfügen können[17]. Auf diese Weise wird die freie Veräußerlichkeit auch der Beteiligung an der KG gewährleistet[18].

Damit ist die Beteiligung an der KG in ähnlicher Weise verselbständigt wie der dazugehörige GmbH-Anteil. Eine Verbindung zwischen beiden ist jedoch noch nicht hergestellt. Eine einheitliche Verfügung über die beiden Bestandteile der GmbH & Co.-Beteiligung ist daher nicht möglich.

So stellt sich z.B. die Veräußerung der Beteiligung an dem unter der Form einer GmbH & Co. betriebenen Unternehmen als die Übertragung des Geschäftsanteils einer GmbH nach § 15 GmbHG und außerdem als der

---

17) Eine solche Bestimmung ist zulässig, da die §§ 717, 719 BGB nicht zwingend sind. Vgl. Palandt-Gramm, § 717 Anm. 1 a.

18) Einige sehen darin neben der Abtretung der rein vermögensrechtlichen Ansprüche ein Erlöschen der Gesellschaftsrechte in der Person des Veräußernden und deren Neubegründung in der Person des Eintretenden durch den Aufnahmevertrag. Andere sprechen von einer Übertragung der Mitgliedschaft als Ganzes in der Weise, daß der Erwerber Rechtsnachfolger des Veräußerers wird. Vgl. dazu Hueck, Recht der OHG, S. 290 mit ausführlichen Nachweisen.

Wechsel der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft dar. Gerade daraus entstehen aber die Gefahren für die paritätische Entwicklung der Beteiligungen an der GmbH und der KG. Das gilt, solange nicht ein Wechsel in der Person eines Kommanditisten automatisch den Übergang auch des GmbH-Anteils auf den in die KG Eintretenden nach sich zieht.

Ein automatischer Übergang des GmbH-Anteils auf den Nachfolger in der KG läßt sich jedoch auch durch Vertragsbestimmung nicht erreichen. Denn dabei könnte es sich nur um einen Erwerb kraft dinglicher Surrogation handeln, der im Gesetz angeordnet sein müßte, was nicht der Fall ist[19].

Die weitere Aufgabe der Vertragsgestaltung ist es daher, wenigstens durch die Begründung schuldrechtlicher Übertragungspflichten ein Auseinanderfallen der Beteiligungen zu verhindern. Auf welche Weise und mit welcher Wirkung das möglich ist, wird unten gezeigt werden[20].

II. Sicherung der einheitlichen Willensbildung in der GmbH und der KG durch Ausschluß der GmbH vom Stimmrecht in der KG

Wie schon in der Einleitung erwähnt[21], liegt die Beteiligungsgleichheit in beiden Gesellschaften auch im Interesse des Unternehmens selbst. Denn es

---

19) Denkbar wäre eine solche gesetzliche Bestimmung allerdings. Man denke z.B. an den unlöslichen Zusammenhang der Hypothek oder des Fahrnispfandrechtes mit der gesicherten Forderung; §§ 1153, 1250 BGB.

20) Vgl. unten S. 16 ff.

21) Vgl. oben S. 6

muß verhindert werden, daß in der KG und in der GmbH von den Gesellschaftern verschiedene Beschlüsse, z.B. hinsichtlich einer Änderung des Gesellschaftsvertrages oder des Ausschlusses eines Gesellschafters, gefaßt werden. Sonst wird die Abstimmung der beiden Verträge aufeinander illusorisch und die Einheit des Unternehmens gefährdet.

Sowohl von den Gesellschaftern der GmbH als auch von den Kommanditisten können nämlich Beschlüsse gefaßt werden, die angesichts der engen Verzahnung beider Gesellschaften für das ganze Unternehmen von Bedeutung sind. Die Verträge müssen daher so gestaltet werden, daß sich eine Mehrheit der Gesellschafter der einen Gesellschaft auch immer mit entsprechender Mehrheit in der anderen Gesellschaft durchsetzen kann.

Verschiedene Mehrheiten können sich einmal dadurch bilden, daß nach dem Gesetz die Gesellschafter einer GmbH nach Kapitalanteilen und die Gesellschafter einer KG nach Köpfen abstimmen; §§ 47 GmbHG, 161 Abs. 2, 119 HGB. Da es, wie oben ausgeführt, in den meisten Fällen interessengerecht ist, jedem Gesellschafter auf das Unternehmen den Einfluß zu geben, der seinem Einsatz an Kapital entspricht, muß auch der KG-Vertrag die Abstimmung nach Kapitalanteilen vorsehen. Dieser muß daher bestimmen, wieviel DM des Festkapitals eine Stimme gewähren. Auch aus diesem Gesichtspunkt erweist sich also die oben besprochene Bildung eines Festkapitals in der KG als zweckmäßig.

Trotz Abstimmung nach Kapitalanteilen in beiden Gesellschaften und trotz paritätischer Beteiligung der Gesellschafter in beiden Gesellschaften kann es aber zu unterschiedlichen Beschlüssen dadurch kommen, daß die GmbH selbst in der KG ein Stimmrecht hat.

Wenn bisher von gleicher Beteiligung eines jeden Gesellschafters in beiden Gesellschaften gesprochen

wurde, war das nicht ganz genau. An der GmbH sind nur die Kommanditisten beteiligt, während an der KG auch noch die GmbH selbst beteiligt ist. In der GmbH halten z.B. die Gesellschafter A,B,C und D je einen Anteil von 25 % des Stammkapitals (= 100 %), an der KG sind jedoch A,B,C,D und die GmbH beteiligt, so daß auf jeden nur ein Anteil von 20 % entfällt[22].

Die Geschäftsführer der GmbH können daher in Wahrnehmung des der GmbH als Gesellschafter zustehenden Stimmrechtes in der KG anders stimmen als es dem Willen der Mehrheit der GmbH-Gesellschafter entspricht[23]. Dadurch kann das Abstimmungsergebnis in der KG anders werden als es in der GmbH ist. Z.B. kann sich in der KG die für Vertragsänderungen erforderliche Mehrheit bilden, während sie in der GmbH bei der Abstimmung über eine entsprechende Änderung der GmbH-Satzung nicht vorhanden war.

Es gibt zwei Möglichkeiten, eine derartig unterschiedene Willensbildung zu verhindern.

Einmal kann den GmbH-Gesellschaftern durch Satzungsbestimmung ein unbeschränktes Weisungsrecht hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechtes der GmbH in der KG eingeräumt werden. Das ergibt sich daraus, daß die Satzung einer GmbH die Befugnisse der Geschäftsführer im Innenverhältnis zugunsten der Gesellschafterversammlung oder anderer Organe beschränken kann[24].

---

22) Zur Bejahung der umsatzsteuerlichen "Unternehmereinheit", die ebenfalls Beteiligungsidentität voraussetzt, reicht eine solche Gestaltung der Gesellschafterverhältnisse aus, vgl. Hesselmann, Handbuch, S. 194.

23) An Weisungen der Gesellschafter sind sie zwar gebunden. Ihre Vertretungsmacht wird dadurch gegenüber Dritten allerdings nicht beschränkt, wie die Regelung in § 37 GmbHG zeigt.

24) Vgl. Baumbach-Hueck, § 35 GmbHG, Anm. 1 B, sowie Schilling aaO.

Sicherer und praktikabler ist es jedoch, die GmbH ganz vom Stimmrecht in der KG auszuschließen[25]. Gegen den Ausschluß eines Gesellschafters einer KG vom Stimmrecht bestehen solange keine Bedenken, als es sich nicht um Beschlüsse handelt, die unter Verletzung der Gleichheit der Gesellschafter in die Gesellschafterstellung des Ausgeschlossenen eingreifen[26]. In solchen Fällen, die bei der GmbH & Co. KG für die GmbH praktisch nie vorkommen werden, bleibt das Stimmrecht daher trotzdem erhalten.

Technisch kann der Ausschluß der GmbH vom Stimmrecht am einfachsten dadurch erfolgen, daß die GmbH nicht an dem Festkapital der KG beteiligt wird, nach dem die jedem Gesellschafter zustehenden Stimmen berechnet werden.

Die GmbH braucht damit natürlich auch keine Kapitaleinlage zu leisten. Auch dagegen bestehen keine Bedenken. Auf die für die BGB-Gesellschaft umstrittene Frage, ob ein Gesellschafter von jeder Beitragspflicht befreit werden kann[27], braucht dabei nicht eingegangen zu werden. Die GmbH übernimmt als Komplementär die persönliche Haftung und die Verpflichtung, die Geschäfte der KG zu führen. Das ist in jedem Fall als ausreichender Beitrag anzusehen[28].

---

25) Worauf auch Schilling, JR 1964, S. 253 ausdrücklich hinweist.

26) BGHZ 20/386; Hueck, Recht der OHG, S. 123; Baumbach-Duden, § 119 HGB, Anm. 2 D; a.A. Schlegelberger-Geßler, § 119 HGB, Anm. 1; Heins in NJW 1948, S. 253: Ein solcher Ausschluß widerspreche dem Wesen der Gesellschaft

27) Vgl. Staudinger-Geiler, § 705 BGB, Anm. 22.

28) Hueck, Recht der OHG, S. 4; vgl. speziell über die Übernahme der unbeschränkten persönlichen Haftung als Beitrag Weipert, RGRHGB, § 105, Anm.10; Schlegelberger-Geßler, § 105 HGB, Anm. 5; Baumbach-Duden, § 105, HGB, Anm. 2 D; RGZ 37/61.

Die Tatsache, daß die GmbH am Festkapital nicht beteiligt ist, muß bei den Bestimmungen über die Gewinnverteilung und über die Anteile der Gesellschafter an einem etwaigen Liquidationsvermögen berücksichtigt werden. Das kann am besten durch eine Vertragsbestimmung geschehen, wonach die GmbH in beiden Fällen einen bestimmten Prozentsatz erhält, bevor der Restgewinn bzw. das Restvermögen bei Liquidation entsprechend den Anteilen am Festkapital auf die übrigen Gesellschafter verteilt wird.

Durch den Ausschluß der GmbH vom Stimmrecht in der KG und durch die Einführung der Abstimmung nach Kapitalanteilen kann also eine übereinstimmende Willensbildung der Gesellschafter in der KG und in der GmbH gesichert werden. Das gilt aber nur solange, als jeder Gesellschafter am Festkapital der KG im gleichen Verhältnis beteiligt ist wie am Stammkapital der GmbH.

III. Die Sicherung der Beteiligungsparität bei ganzer oder teilweiser Veräußerung der Unternehmensbeteiligung

Um zu gewährleisten, daß Verfügungen über den GmbH-Anteil und die Kommanditbeteiligung eines jeden Gesellschafters nur gleichzeitig zugunsten desselben Erwerbers erfolgen, müssen beide Gesellschaftsverträge Bestimmungen treffen. Dadurch können die Gesellschafter verpflichtet werden, über beide Beteiligungen nur übereinstimmende Verfügungen zu treffen. Der Gesellschaftsvertrag der KG muß vorsehen, daß der Anteil eines jeden Kommanditisten am gesamten Festkapital der KG jederzeit seinem Anteil am Stammkapital der GmbH zu entsprechen hat. Jeder Gesellschafter, bei dem diese Voraussetzung nicht gegeben ist,

wird verpflichtet, seine Kommanditbeteiligung so auf die Gesellschafter der GmbH zu übertragen, daß die paritätische Beteiligung an beiden Gesellschaften wiederhergestellt ist.

Damit nicht die Erfüllung der Übertragungspflicht von der Geschäftsführung der GmbH & Co. erschwert werden kann, sehen manche Verträge ausdrücklich vor, daß neben der Gesellschaft selbst, jeder einzelne Gesellschafter die Erfüllung dieser Verpflichtung verlangen kann.

Notwendig ist eine solche Bestimmung allerdings nicht, da die einzelnen Gesellschafter ohnehin im Wege der actio pro socio den Übertragungsanspruch geltend machen könnten[29].

Schließlich kann der Zwang zur Übertragung noch dadurch verstärkt werden, daß im Falle einer schuldhaften Verzögerung die Vergütung nur nach den Buchwerten berechnet wird. Notfalls kann dem sich weigernden Gesellschafter sogar der Ausschluß aus der Gesellschaft angedroht werden.

Eine entsprechende Verpflichtung kann den Gesellschaftern in der GmbH-Satzung hinsichtlich der Übertragung der GmbH-Anteile auf die Kommanditisten auferlegt werden. Die Möglichkeit dazu eröffnet § 3 Abs. 2 GmbHG. Eine "andere Verpflichtung" im Sinne dieser Vorschrift ist auch die Verpflichtung, den Geschäftsanteil unter bestimmten Voraussetzungen an anderen Personen zu übertragen[30]. Durch die Aufnahme

---

29) Baumbach-Duden, Anm. 6 E zu § 124 HGB m.w.Nachw.

30) Scholz, § 3 GmbHG, Anm. 3 e, ee; Schilling in Hachenburg, § 3, Anm. 26 a; Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG, Anm. 8 A; OLG 22/29 = GmbH Recht I, § 3 R 17; RGZ 113/149; 121/299; vgl. auch RG in JW 1928, S. 2622 für die Verpflichtung zur Abtretung für den Fall, daß die Gesellschafter nicht mehr Mitglieder eines bestimmten nichtrechtsfähigen Vereins (hier der Gewerkschaft) sind.

in den Gesellschaftsvertrag wird die Übertragungspflicht zu einer echten gesellschaftlichen Nebenleistungspflicht, die damit auch auf den Erwerber des Geschäftsanteils übergeht[31]. Durch derartige Nebenleistungsverpflichtungen wird die freie Veräußerlichkeit der GmbH-Anteile anders als im Aktiengesetz (§ 55 AktG) nicht eingeschränkt[32]. Bei schuldhafter Weigerung eines Gesellschafters, seiner Verpflichtung nachzukommen, kann die Satzung die Einziehung des Anteils vorsehen[33].

Durch Bestimmungen in dem Vertrag der Kommanditgesellschaft und in dem GmbH-Gesellschaftsvertrag können daher alle Gesellschafter wirksam verpflichtet werden, ihre Beteiligungen so zu übertragen, daß an der GmbH und an der KG dieselben Personen im gleichen Verhältnis beteiligt sind. Es entstehen aber nur schuldrechtliche Übertragungsverpflichtungen der jeweiligen Gesellschafter. Keineswegs ist es so, daß eine Übertragung der Beteiligung an der KG unmittelbar den Übergang eines entsprechenden GmbH-Anteils nach sich zieht.

Die Übertragungspflichten der Gesellschafter können jedoch die paritätische Entwicklung der Beteiligung nur dann sichern, wenn ihre Erfüllung möglich ist. Das ist vor allem dann nicht der Fall, wenn einer solchen Übertragung zwingende gesetzliche Vor-

---

31) Scholz, Anm. 3 g zu § 3 GmbHG; Baumbach-Hueck, § 3, Anm. 8 D; Schilling in Hachenburg, § 3, Anm. 42.

32) Schilling in Hachenburg, § 3 GmbHG, Anm. 41; anders aber z.B. § 8 Abs. 2 des Österreichischen GmbH-Gesetzes.

33) Scholz, § 3 GmbHG, Anm. f; Schilling in Hachenburg, § 3 GmbH, Anm. 32; BGHZ 9/159. Der Grundsatz der Erhaltung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG!) muß allerdings beachtet werden.

schriften entgegenstehen. Schwierigkeiten können sich hier bei Veräußerung eines Teiles der Beteiligung aus den Vorschriften des GmbHGesetzes hinsichtlich der Teilbarkeit und der Größe der GmbH-Geschäftsanteile ergeben; §§ 5, 17 GmbHG.

Nach § 17 Abs. 3 GmbHG kann der Gesellschaftsvertrag auf das Erfordernis der Genehmigung der Teilung eines Geschäftsanteils nur verzichten, soweit es sich um die Veräußerung an andere Gesellschafter oder um die Teilung eines Geschäftsanteils unter den Erben eines Gesellschafters handelt. Eine Satzungsbestimmung, welche auch in anderen Fällen von dem Erfordernis der Genehmigung der Teilung absieht, ist nichtig[34]. Es besteht aber in vielen Fällen das Bedürfnis, den Gesellschaftern der GmbH & Co. auch eine teilweise Verfügung über ihre Beteiligung oder die Veräußerung an mehrere Erwerber zu ermöglichen.

Hat ein Gesellschafter über einen Teil seiner Beteiligung an der KG verfügt, so ist eine Veräußerung eines entsprechenden Teils des GmbH-Geschäftsanteils erst mit der nach § 17 GmbHG erforderlichen Genehmigung wirksam.

Zuständig für die Erteilung der Genehmigung ist nach dem Gesetz die Gesellschafterversammlung; § 46 Ziff. 4 GmbHG. Die Satzung kann diese Zuständigkeit aber auf die Geschäftsführer oder andere Organe übertragen[35]. Solange die Genehmigung nicht von den zuständigen Organen erteilt ist, kann der veräußernde Gesellschafter eine den Verhältnissen bei der KG entsprechende Übertragung seiner GmbH-Beteiligung nicht

---

34) Schilling in Hachenburg, § 17 Anm. 17; Baumbach-Hueck, § 17 Anm. 3 C.

35) Schilling in Hachenburg, § 46 GmbHG, Anm. 19; Scholz, § 46 GmbHG, Anm. 5; Baumbach-Hueck, § 46 GmbHG, Anm. 5; RGZ 85/46.

vornehmen. Eine Übertragung ohne die Genehmigung wäre nichtig[36].

Eine Verpflichtung der zuständigen Organe, die Genehmigung zu erteilen, besteht nicht. Bei einer normalen GmbH mag das sinnvoll sein. Für die GmbH & Co. kann sich daraus, wie man sieht, die Folge ergeben, daß sich die Veräußerung von sich entsprechenden Anteilen an der GmbH und an der KG nicht durchführen läßt.

Die Wiederherstellung der Beteiligungsidentität läßt sich dann nur durch Rückübertragung der schon veräußerten Kommanditbeteiligung erreichen, was ja nach dem Kommanditvertrag verlangt werden kann. Diese Lösung dürfte aber den Interessen der Beteiligten nicht entsprechen.

Gemäß § 17 Abs. 4 GmbHG finden die Bestimmungen über den Betrag der Stammeinlage (§ 5 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 GmbHG) auch bei Teilung von Geschäftsanteilen Anwendung. Also kann, auch wenn die Teilungsgenehmigung erteilt wird, bei der GmbH kein Anteil gebildet werden, der einen kleineren Nennbetrag als DM 500 hat und nicht durch 100 teilbar ist.

Bei der GmbH & Co. kommt diesen Bestimmungen besondere praktische Bedeutung zu. Das Stammkapital der GmbH ist hier nämlich normalerweise ganz unverhältnismäßig kleiner als das Festkapital der KG.

Der Grund dafür liegt darin, daß nur so die Doppelbesteuerung für den größten Teil der Gewinne der GmbH & Co. vermieden werden kann. Steuerlich würde nämlich eine Gewinnverteilung nicht anerkannt werden, die im krassen Widerspruch zum Kapitaleinsatz

---

36) Schilling in Hachenburg, § 46 GmbHG, Anm. 19; Scholz, § 46 GmbHG, Anm. 5; Baumbach-Hueck, § 46 GmbHG, Anm. 5; RGZ 85/46.

der Beteiligten steht. Auch bei sehr großen, in der Form der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen, deren Kommanditkapital viele Millionen ausmacht, beträgt das Stammkapital der GmbH daher in der Regel nur 20.000 oder 40.000 DM.

Es kann daher durchaus vorkommen und wirtschaftlich sinnvoll sein, daß jemand an einer großen GmbH & Co. mit nur einem oder zwei Prozent beteiligt werden soll und daß ihm ein entsprechender Anteil am Festkapital der KG abgetreten wird. Wenn dann die GmbH nur über ein Stammkapital von DM 20.000 oder DM 40.000 verfügt, ist es nicht möglich, dem Gesellschafter eine entsprechende Beteiligung an der GmbH einzuräumen. Denn der kleinste, mögliche Anteil von nominal DM 500,-- entspricht bereits einer Beteiligung von 1,25 % bzw. 2,5 %. Dem veräußernden Gesellschafter ist es in diesem Fall daher nicht möglich, die ihm in den Verträgen auferlegten Übertragungsverpflichtungen zu erfüllen.

Auch die Vorschrift, daß alle Geschäftsanteile durch volle DM 100,-- teilbar sein müssen, kann lästig werden. Sie bewirkt nämlich, daß niemand anders als mit einem auf 1/2 % bzw. 1/4 % auf- oder abgerundeten Betrage an der GmbH beteiligt werden kann.

Diese letzte Folge kann allerdings auch wieder ganz heilsam sein, da eine allzugroße Zersplitterung der Beteiligung verhindert wird. Es muß nur in dem KG-Vertrag dafür gesorgt werden, daß auch über den Anteil am Festkapital Verfügungen nur insoweit erfolgen können, als es sich um Teilbeträge handelt, die auf volle Einhalbprozent bzw. Einviertelprozent abgerundet sind. Überhaupt müssen das Festkapital der KG und das Stammkapital der GmbH so aufeinander abgestimmt werden, daß bei Verfügungen keine rechnerischen Schwierigkeiten entstehen.

Soweit ein echtes Bedürfnis besteht, auch kleinere Splitterbeteiligungen zuzulassen, muß der GmbH-Vertrag vorsehen, daß die Gesellschafter die Verpflichtung zur Übertragung der GmbH-Anteile notfalls durch Übertragung auf einen von der Gesellschaft zu bestimmenden Treuhänder erfüllen müssen, damit den Erfordernissen der §§ 5, 17 GmbHG Genüge getan ist.

IV. Die Durchbrechung der Beteiligungseinheit durch Erbfolge

1.) Die Unterschiede in der Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen und Kommanditbeteiligung

Beim Tode eines Gesellschafters der GmbH & Co. treten keine besonderen Probleme auf, solange der Gesellschafter nur von einer Person beerbt wird. Die Beteiligung an der GmbH & Co. - GmbH-Geschäftsanteil und Mitgliedschaft in der KG - geht dann gemäß § 1922 BGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erben über. Dadurch ist die Aufrechterhaltung einer paritätischen Beteiligung in beiden Gesellschaften gesichert. Die Gesellschaft wird mit dem Erben fortgesetzt, ohne daß es dazu - anders als bei der OHG - einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag bedarf; § 177 HGB.

Anders ist es jedoch, wenn ein Gesellschafter von mehreren Personen beerbt wird. Der GmbH-Geschäftsanteil geht dann auf die Erbengemeinschaft über; §§ 15 Abs. 1 GmbHG, 2032 Abs. 1 BGB. Seine rechtliche Behandlung regelt sich nach den Vorschriften der §§ 2033 ff.; § 2032 Abs. 2 BGB. Die Mitgliedschaft an der KG geht unmittelbar auf die einzlenen Erben über, d.h. jeder Miterbe erwirbt im Wege der Sonder-

erbfolge seinen Anteil unmittelbar so, als ob er Alleinerbe wäre[37]. Diese Regelung ist zwingend, denn eine Erbengemeinschaft kann nicht Mitglied einer OHG[38] und auch nicht Kommanditist in einer KG sein[39].

Das ergibt sich insbesondere daraus, daß einer Erbengemeinschaft die für das selbständige Auftreten im Rechtsverkehr erforderliche Organisation fehlt. Jeder einzelne Erbe wird daher Kommanditist, ohne daß der Kommanditanteil erst auf die Erbengemeinschaft übergeht. Damit geht insbesondere auch der Anteil am Festkapital und damit das Stimmrecht unmittelbar auf die Erben persönlich über. Für die Höhe des Kapitalanteils des einzelnen Erben ist sein Erbanteil maßgebend[40].

Damit ist die Parität der Beteiligungen an den beiden Gesellschaften der GmbH & Co. durchbrochen. Praktische Folge davon ist, daß in den Gesellschafterversammlungen der GmbH die Miterben nur gemeinschaftlich abstimmen können. Das ergibt sich aus § 18 Abs. 1 GmbHG, aber für die Erbengemeinschaft auch schon aus § 2038 BGB. Der gemeinschaftliche Wille der Erbengemeinschaft wird dabei durch Mehrheitsbeschluß der Miterben gebildet, wobei die Mehrheit nach der Größe des Erbanteils berechnet wird; §§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 2 BGB. Läßt sich innerhalb der Erbengemeinschaft eine Mehrheit nicht bilden, so ist die Ausübung des

---

37) So ausdrücklich zu dem Kommanditanteil RG in DR 1943, S. 1229; anders aber früher RGZ 123, 366

38) BGHZ 22/186 ff. (192); RG in DR 1943, S. 1224; RGRHGB, Weipert, § 139, Bem. 25 mit weit. Nachw. Liebisch, ZHR 116, S. 134 ff.

39) Baumbach-Duden, § 161 HGB, Anm. 2 A; RGRHGB, Weipert, § 177, Anm. 16; Schlegelberger-Geßler, § 177 HGB, Rdnr. 6.

40) RGRHGB, Weipert, § 177, Anm. 16; Enneccerus-Kipp-Coing, § 91, IV 4, Fußnote 49.

Stimmrechtes nicht möglich[41]. In der Gesellschafterversammlung der KG treten dagegen die einzelnen Erben in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten auf. Sie können daher auch einzeln in verschiedenem Sinne abstimmen.

Die übereinstimmende Willensbildung in der GmbH und in der KG wird in noch höherem Maße dann gefährdet, wenn Testament oder KG-Vertrag vorsehen, daß die Gesellschaft nur mit einem oder einigen der Miterben fortgesetzt werden soll

Das wird dann regelmäßig in der Weise geschehen, daß die Gesellschafter-Nachfolger die ganze Kommanditbeteiligung des Erblassers erhalten. Möglich ist es aber auch, daß sie nur in Höhe eines ihrem Erbteil entsprechenden Teiles in die Gesellschafterstellung des Erblassers einrücken. In beiden Fällen werden jedoch nur die Nachfolger-Erben-Gesellschafter der KG. An der Stellung des GmbH-Anteils und dessen Verwaltung ändert sich jedoch nichts. Bei der Bildung des Willens der Erbengemeinschaft wirken daher auch weiterhin die Erben mit, die nicht Gesellschafter der KG geworden sind.

Weitere Gefahren ergeben sich für die paritätische Entwicklung der Beteiligung an der GmbH und der KG daraus, daß jeder Miterbe über seinen Anteil an der Erbengemeinschaft gemäß § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB verfügen kann.

Diese Befugnis kann mit dinglicher Wirkung auch der Erblasser nicht ausschließen[42]. Auch kann er nicht die Wirksamkeit einer solchen Verfügung von der Zustimmung eines Testamentsvollstreckers abhängig

---

41) Schilling in Hachenburg, § 18 GmbHG, Anm. 10.

42) Staudinger-Lehmann, § 2033 BGB, Rdnr. 2; Palandt-Keidel, § 2033 Anm. 1 a.

machen[43]. Die Verfügungsmöglichkeit wird auch nicht dadurch berührt, daß zum Nachlaß eine Berechtigung gehört, hinsichtlich der eine Verfügungsbeschränkung besteht[44].

Denkbar ist allerdings eine Erbeinsetzung unter der auflösenden Bedingung, daß sich der Erbe solcher Verfügungen enthält, die die paritätische Entwicklung der Beteiligung an der GmbH & Co. gefährden. Allerdings wäre das ein sehr weitgehender Schritt.

2.) Versuch der Anpassung der Erbfolge in den GmbH-Anteil an die für die Kommanditbeteiligung geltende 'Sondererbfolge'

Der Grund für das Auseinanderfallen der Beteiligungen bei der Erbfolge liegt darin, daß für die Vererbung der Kommanditbeteiligung andere Regeln gelten als für die Vererbung des GmbH-Geschäftsanteils. Da die Kommanditbeteiligung nicht auf die Erbengemeinschaft übergehen kann, liegt es nahe zu untersuchen, ob sich nicht durch entsprechende Satzungsbestimmung der unmittelbare Übergang des GmbH-Anteils auf die in die Kommanditgesellschaft eingerückten Erben erreichen läßt. Dann wären auf einfachste Weise die sich aus der unterschiedlichen Erbfolge für die einheitliche Willensbildung in der GmbH & Co. ergebenden Schwierigkeiten ausgeräumt.

---

43) Soergel-Siebert-Ehard-Eder, § 2033 Anm. 1.

44) Staudinger-Lehmann, § 2033, Anm. 5; Palandt-Keidel, § 2033, Anm. 1 d; Soergel-Siebert-Ehard-Eder, § 2033, Rdnr. 5; anders aber bei einem GmbH-Anteil dessen Veräußerung von der Genehmigung der Gesellschaft abhängt: Schilling in Hachenburg, § 15 GmbHG Anm. 78; Feine, GmbH, S. 377; GmbHR 1959, S. 46; Staub, GmbHG (1903), § 15, Anm. 91; Hachenburg, GmbHG, 5. Aufl., § 15, Anm. 89.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die in § 15 Abs. 1 GmbHG ausdrücklich bestimmte Vererblichkeit des GmbH-Anteils dadurch ausgeschlossen werden kann, daß die Satzung dessen Übergang auf die Nachfolger-Kommanditisten für den Fall des Todes eines Gesellschafters bestimmt.

Aus der mit dem Übergang auf mehrere Erben verbundenen Teilung des Geschäftsanteils lassen sich solange keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung herleiten, als nur durch 100 teilbare Anteile entstehen würden sowie kein Anteil mit einem kleineren Nennbetrag als DM 500; §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG. Denn gemäß § 17 Abs. 3 GmbHG kann die Satzung bestimmen, daß für die Teilung von Geschäftsanteilen verstorbener Gesellschafter unter deren Erben eine Genehmigung nicht erforderlich ist.

Fraglich ist aber, ob durch eine solche Bestimmung wirklich ein unmittelbarer Übergang des Anteils, ohne daß dieser zunächst in die Erbengemeinschaft fällt, gewährleistet werden kann[45]. Rechtlich läßt sich eine solche "Sondernachfolge in GmbH-Anteile" nur so begründen, daß man in der diesbezüglichen Satzungsbestimmung eine Verfügung zugunsten Dritter für den Fall des Todes eines Gesellschafters sieht[45].

Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrschende Meinung will jedoch nur schuldrechtliche Verträge und keine Verfügungen zugunsten Dritter

---

45) Bejahend: Vogel, § 15 GmbHG, Anm. 4 und offenbar auch RGZ 80/179. Zu der Frage vgl. vor allem: Schilling in Hachenburg, § 15 Anm. 3; Scholz, § 15 GmbHG, Anm. 12; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG, Anm. 1 A; Hueck, DNotZ 1952, S. 550 ff. (556 f.); Feine, aaO., S. 378; Sudhoff, Der Betrieb 1963, S. 1109 ff.; Westermann, aaO., S. 73 f.; Barella, GmbHR 1959, S. 45 sowie neuerdings Schefer, Der Betrieb 1964, S. 759 f.

zulassen[46]. Dazu kommt noch, daß mit einem GmbH-Geschäftsanteil fast immer auch rechtliche Nachteile verbunden sind, so daß auch aus diesem Grunde eine Verfügung zugunsten Dritter nicht in Betracht kommt. Mit diesen beiden Argumenten wird daher auch im Schrifttum die Annahme eines unmittelbaren Überganges von GmbH-Anteilen auf einzelne Personen kraft Satzungsbestimmung abgelehnt[47].

Eine andere Lösung, die wenigstens dann von Vorteil wäre, wenn nur einige Erben Gesellschafter der GmbH & Co. werden sollen, wird neuerdings von Schefer vertreten[48]. Danach soll die Satzung die Vererblichkeit der Anteile für bestimmte Personen ganz ausschließen können mit der Folge, daß sich für die Nachfolger-Erben ein Sondererbgang vollzieht: Da nur für sie die Vererblichkeit des Anteils erhalten geblieben ist, fällt er unmittelbar in eine nur von ihnen gebildete Erbengemeinschaft[49].

Es ist einleuchtend, daß dadurch für die GmbH & Co. eine vorteilhaftere Regelung geschaffen werden könnte. Denn dann würden wenigstens die Erben, die nicht Gesellschafter der KG geworden sind, auf den GmbH-Anteil keinen Einfluß mehr ausüben können.

Ein teilweiser Ausschluß der Vererblichkeit ist mit dieser Wirkung jedoch nicht denkbar. Nach

---

46) RGZ 66/97; 98/282; 148/263; Palandt-Danckelmann, Vorbem. 5 e vor § 328 BGB; im wesentlichen übereinstimmend auch Enneccerus-Lehmann, § 34, VI und Enneccerus-Wolff-Raiser, § 38, II 3; a.A. vor allem Westermann, Sachenrecht, S. 18 ff., vgl. dort die ausführliche Darstellung des Streitstandes.

47) Vgl. die bei Anm. 45, S. 26 angegebene Literatur; Schuler, GmbHR 1962 S. 117.

48) in Der Betrieb 1964, S. 759 ff.

49) Schefer, aaO., S. 760.

einer im Schrifttum vertretenen Ansicht kann die Vererblichkeit von GmbH-Anteilen zwar im Wege eines vorweggenommenen Einziehungsbeschlusses für den Todesfall ganz ausgeschlossen werden[50]. Ein teilweiser Ausschluß mit der Wirkung, daß der Anteil nur einigen Erben anfällt, ist jedoch nicht möglich. Denn soweit der Anteil nicht mit dem Tode des Gesellschafters ganz untergeht, gehört er zum Nachlaß. Damit fällt er zwangsläufig in die von allen Erben gebildete Erbengemeinschaft; § 2032 BGB.

Die für die Kommanditbeteiligung geltende Sondererbfolge kann daher für die GmbH-Anteile durch Satzungsbestimmung nicht eingeführt werden.

3.) Die Bedeutung der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers für die einheitliche Verwaltung der Beteiligung

Es fragt sich, ob eine einheitliche Verwaltung der Beteiligung an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen nicht bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft durch Einsetzung eines Testamentvollstreckers für den gesamten Nachlaß gesichert werden kann.

Ist ein solcher Testamentsvollstrecker eingesetzt, so steht ihm hinsichtlich des GmbH-Anteils die volle Verwaltungsbefugnis unter Ausschaltung der Erben zu; § 2205 BGB[51]. Für die Frage, ob der Testa-

---

50) Schilling in Hachenburg, § 15 GmbHG, Anm. 3; Hueck, § 15, Anm. 1 A; Schefer, GmbHR 1961, S. 7 ff.; Hueck, DNotZ 1952, S. 556.

51) BGH in BB 1959, S. 794; Burchard, GmbHR 1954, S. 150; Barella, GmbHR 1959, S. 45 ff. (47); Palandt-Keidel, § 2205, Anm. 1 b.

mentsvollstrecker die gleichen Rechte auch hinsichtlich der Kommanditbeteiligung hat, ist wieder zu berücksichtigen, daß die für die Nachfolge in der Gesellschaft vorgesehenen Erben unmittelbar die volle Stellung von Kommanditisten erlangt haben.

Auch bei einer nur kommanditistischen Beteiligung können einzelne Mitgliedschaftsrechte nicht von der Gesellschafterstellung gesondert übertragen werden[52]. Wenn ein Testamentsvollstrecker die Rechte der Kommanditisten-Erben nach eigenem Ermessen ausüben könnte, wäre den Kommanditisten jede Möglichkeit entzogen, auf die Gesellschaft Einfluß zu nehmen. Eine derartige Trennung der gesamten Rechtsausübung von der Mitgliedschaft käme aber einer unzulässigen Übertragung gleich[53]. Deswegen können die mitgliedschaftlichen Rechte der Kommanditisten-Erben nicht durch einen Testamentsvollstrecker ausgeübt werden[54]. Insoweit gilt dasselbe wie für die Erben eines offenen Handelsgesellschafters.

Der Erblasser kann jedoch im Testament anordnen, daß der Testamentsvollstrecker die Mitgliedschaftsrechte der Kommanditisten-Erben in der KG kraft einer Vollmacht über den Tod hinaus wahrzunehmen hat[55]. Den Erben muß jedoch der Widerruf der Vollmacht jederzeit gestattet sein; denn eine unwiderruflich erteil-

---

52) So für das Stimmrecht ausdrücklich: BGH in LM Nr. 6 zu § 105 HGB.

53) Richardi, aaO., S. 90.

54) Palandt-Keidel, § 2205, Anm. 1 b; Richardi, aaO., S. 90; Hallermann, Diss., S. 136 f.; Siebert, Festschrift für Hueck, S. 321 ff. (323 ff.); Dietrich, DR 1943, S. 807; RGZ 172/199 ff. (202 f.); KG in DR 1943, S. 353; a.A. Donner, DNotZ 1944, S. 143 ff.

55) Dazu RGZ 172/199 (205); BGH in BB 1957, S. 52 ff.

te Vollmacht würde ebenfalls als Abspaltung der Rechtsausübung von der Mitgliedschaft unzulässig sein[56].

Schließlich ist es noch möglich, daß der Testamentsvollstrecker den Kommanditanteil bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft treuhänderisch für die Nachfolgeerben übernimmt. Dann bestehen gegen die im eigenen Namen erfolgende Rechtsausübung natürlich keine Bedenken mehr.

Die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers für den ganzen Nachlaß allein ist daher nicht geeignet, die einheitliche Rechtsausübung der Beteiligung an der GmbH und der KG zu gewährleisten. Die Bevollmächtigung eines solchen Testamentvollstreckers hilft nur solange, als alle Erben mit dessen Verwaltung einverstanden sind. Gegen die treuhänderische Übertragung der Kommanditbeteiligung schließlich spricht, daß es sich dabei um einen sehr weitgehenden Schritt handelt, zu dem man sich nicht in allen Fällen wird entschließen können.

4.) Anpassung der Gesellschaftsverträge an die bei einer Mehrheit von Erben eintretende Durchbrechung der Beteiligungsidentität

Da sich die Durchbrechung der Beteiligungseinheit bei Vorhandensein mehrerer Erben weder durch Einleitung einer Sondererbfolge in den GmbH-Anteil noch durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers vermeiden läßt, müssen sich die Gesellschaftsverträge darauf beschränken, wenigstens die baldige Wiederher-

---

56) Römer, aaO., S. 83 f.; BGH in LM Nr. 9 zu § 104 HGB; Baumbach-Duden, § 139 HGB, Anm. 4 c; Hueck, Recht der OHG, S. 305, Fußnote 5 und S. 121.

stellung der Einheit zu sichern.

Auch hier erweist sich die in beide Verträge aufgenommene Verpflichtung der Gesellschafter als praktikabel, ihre Beteiligungen so zu ordnen, daß jeder an der GmbH mit einem seiner Kommanditbeteiligung entsprechenden Anteil beteiligt ist. Sobald der GmbH-Geschäftsanteil auf die Erbengemeinschaft übergegangen ist, gilt für sie die in die GmbH-Satzung aufgenommene Nebenverpflichtung, den Geschäftsanteil so auf die in die KG eingerückten Erben zu übertragen, daß diese im gleichen Verhältnis an der KG und an der GmbH beteiligt sind.

Schwierigkeiten können sich bei der Durchführung der Übertragung wieder nur aus den zwingenden §§ 5 und 17 GmbHG ergeben. Zwar kann die Satzung hier, da es sich um die Teilung des Geschäftsanteils eines verstorbenen Gesellschafters unter dessen Erben handelt, vom Erfordernis der Teilungsgenehmigung absehen; § 17 Abs. 3 GmbHG. Im übrigen treten aber durch die Begrenzung der Höhe der Gesellschaftsanteile dieselben Schwierigkeiten auf wie im Falle der Veräußerung[57].

Auch hier ist es zweckmäßig, wenn das Festkapital der KG und das Stammkapital der GmbH von vornherein aufeinander abgestimmt werden. Das kann etwa dadurch geschehen, daß das Festkapital zum Beispiel zehnmal so groß ist wie das Stammkapital der GmbH. Dann kann bestimmt werden, daß am Festkapital der KG niemand mit einem nicht durch 1000 teilbaren Nominalbetrag und nicht mit einem kleineren Betrag als DM 5000 beteiligt sein darf. Soweit durch Erbgang kleinere Beteiligungen entstehen, muß ein Treuhänder

---

57) Vgl. oben, S. 16 ff.

in beiden Gesellschaften eingesetzt werden.

Durch die Übertragungsverpflichtung läßt sich somit die paritätische Entwicklung der Beteiligungen grundsätzlich auch für den Fall der Beerbung eines Gesellschafters durch mehrere Erben sichern. Nur in einer Übergangszeit muß die Durchbrechung der Beteiligungseinheit in Kauf genommen werden.

Um auch in dieser Zeit eine übereinstimmende Rechtsausübung aus dem GmbH-Anteil und den einzelnen kommanditistischen Beteiligungen der Erben zu sichern, kann im Kommanditvertrag zusätzlich bestimmt werden, daß mehrere Erben eines Gesellschafters das Stimmrecht solange nur gemeinschaftlich ausüben dürfen, bis sie einen ihrer Kommanditbeteiligung entsprechenden GmbH-Anteil erworben haben.

Damit ist jedenfalls in den Fällen geholfen, in denen alle Erben des Gesellschafters auch Kommanditisten geworden sind. Sind allerdings nur einige Erben Nachfolger des Erblassers in der KG, so hilft eine solche Bestimmung nur bedingt, da die Nachfolgeerben in der Erbengemeinschaft nicht immer ihren Willen durchsetzen können.

V. Die Sicherung der paritätischen Beteiligung in den Fällen des Austritts oder Ausschlusses eines Gesellschafters

Da es sich bei der GmbH & Co. KG und der GmbH rechtlich um zwei selbständige Gesellschaften handelt, bewirken Austritt und Ausschluß aus der einen Gesellschaft nicht notwendig auch das Ausscheiden des Gesellschafters aus der anderen Gesellschaft. Auch beim Austritt und Ausschluß ergeben sich daher Gefahren für die künftige paritätische Entwicklung der Beteiligung

in beiden Gesellschaften, wenn die Verträge nicht Vorsorge treffen. Dabei ist wieder zu beachten, daß Austritt und Ausschluß bei einer GmbH sich anders vollziehen als bei einer KG.

Austritt bedeutet das freiwillige Ausscheiden eines Gesellschafters, ohne daß seine Mitgliedschaft, wie bei der Veräußerung, auf einen Rechtsnachfolger übergeht. Der Austritt im eigentlichen Sinne führt daher zur Vernichtung der Mitgliedsstelle[58].

Die Interessenlage bei der GmbH & Co. erfordert es nicht, dem einzelnen Gesellschafter die Möglichkeit zu geben, sich ohne Veräußerung seiner Beteiligung von der Mitgliedschaft zu trennen. Das gilt jedenfalls für alle die Fälle, in denen eine Veräußerung ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter möglich ist und den Gesellschaftern nicht noch besondere Nebenpflichten auferlegt sind, von denen sie sich auf andere Weise nicht befreien können.

Die Notwendigkeit, den Austritt in den Gesellschaftsverträgen zu regeln, ergibt sich aber daraus, daß der Vertrag einer OHG oder KG nicht für Lebenszeit eines Gesellschafters unter Ausschluß oder Beschränkung des Kündigungsrechtes abgeschlossen werden kann; §§ 161 Abs. 2, 132, 134, 105 Abs. 2 HGB; 723 Abs. 2 BGB.

Ob das auch gilt, wenn die KG für die Dauer des Bestehens der GmbH eingegangen wird, ist allerdings bestritten [59]. Richtiger ist es wohl, § 134 HGB mindestens dann analog anzuwenden, wenn die GmbH auf unbestimmte Zeit eingegangen ist. Denn sonst ist der

---

58) Westermann, aaO., S. 69.

59) Bejahend: Baumbach-Duden, § 134,HGB, Anm. 1; Schlegelberger-Geßler, § 134, Rdnr. 5; a.A.: RGRHGB, Weipert, § 134, Anm. 5.

einzelne Kommanditist ebenfalls auf Lebenszeit gebunden, solange er nicht die Möglichkeit hat, die GmbH zu kündigen. Auch eine für die Dauer des Bestehens der GmbH eingegangene GmbH & Co. KG können deren Gesellschafter daher gem. §§ 134, 132 HGB kündigen.

Um die nach dem Gesetz bei Kündigung eines Gesellschafters eintretende Auflösung zu verhindern, (§ 131 Ziff. 6 HGB) muß der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß die Gesellschaft in diesem Fall mit den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Damit wird aber im Ergebnis jedem Gesellschafter ein Austrittsrecht aus der KG gegeben, mit der Folge, daß sein Anteil den übrigen Gesellschaftern bei seinem Ausscheiden anwächst; §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB. Zweckmäßigerweise trifft der Gesellschaftsvertrag weiter noch Bestimmungen über die Höhe des Abfindungsguthabens, damit der Austritt eines Gesellschafters für die Gesellschaft wirtschaftlich tragbar ist.

Dieser Regelung bei der KG muß auch der GmbH-Vertrag angepaßt werden, damit der Austritt aus der KG auch das Ausscheiden aus der GmbH zur Folge hat.

Ein Austritt mit automatischer Vernichtung des Geschäftsanteils würde das Stammkapital als Garantieziffer mindern und ist daher nicht zulässig[60]. Möglich ist es, dem Gesellschafter, der die KG wirksam gekündigt hat, einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Übernahme des Anteils zu geben. Die Gesellschaft muß den Anteil dann als eigenen übernehmen, an einen Dritten abtreten oder notfalls ganz einziehen[61]. Dabei müssen allerdings die Bestimmungen der §§ 30,

---

60) Westermann, aaO., S. 69.

61) Fischer, GmbHR 1953, S. 136; Hachenburg-Schmidt, § 34, Bem. 18 b; Baumbach-Hueck, vor § 34, Bem. 3.

33 GmbHG beachtet werden, so daß ein Erwerb durch die Gesellschaft bzw. die Zahlung der Abfindung u.U. nicht möglich ist. Das hat dann zur Folge, daß der Austretende vorläufig noch GmbH-Gesellschafter bleibt.

Wichtiger als das Recht des Gesellschafters, die Übernahme des Anteils zu verlangen, ist die Pflicht des die KG kündigenden Gesellschafters, den Anteil auf die GmbH zu übertragen. Sie kann als Nebenleistungspflicht gem. § 3 Abs. 2 GmbHG begründet werden, genau wie die Verpflichtung, den Anteil so auf die anderen Gesellschafter zu übertragen, daß Beteiligungsidentität in beiden Gesellschaften besteht.

Das für den freiwilligen Austritt aus der Gesellschaft Gesagte gilt im wesentlichen auch für den Ausschluß aus wichtigem Grunde Bei der KG ist der Ausschluß mit Rechtskraft des gem. § 140 HGB ergangenen Urteils bzw., falls der Vertrag das genügen läßt, mit dem dahingehenden Gesellschafterbeschluß vollzogen. Bei der GmbH ist zusätzlich, da eine Anwachsung hier nicht erfolgen kann, die Verwertung des Anteils des Auszuschließenden erforderlich[62].

Ist ein Gesellschafter aus der einen Gesellschaft (GmbH oder KG) wirksam ausgeschlossen, so erübrigt sich ein neues Verfahren über den Ausschluß aus der anderen Gesellschaft. Denn schon aufgrund der im GmbH- und KG-Vertrag übernommenen Übertragungsverpflichtungen hat der aus der einen Gesellschaft Ausgeschlossene seine Beteiligung an der anderen Gesellschaft so auf die Mitgesellschafter oder die Gesell-

---

62) Fischer, GmbHR 1953, S. 136; Hachenburg- Schmidt, § 34, Bem. 18 b; Baumbach-Hueck, vor § 34, Bem. 3; über die Durchführung der Ausschließung vgl. auch ausf. BGHZ 9/157 ff. (164 ff.) m.w.Nachw.

schaft selbst zu übertragen, daß die Beteiligungsparität wiederhergestellt ist.

VI. Die Beteiligungseinheit im Falle der Kündigung durch die Privatgläubiger und bei Konkurs eines Kommanditisten

Dadurch, daß ein Privatgläubiger eines Kommanditisten die Kommanditgesellschaft gem. §§ 161 Abs. 2, 135 HGB kündigt oder daß über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet wird, tritt die Auflösung der GmbH & Co. KG dann nicht ein, wenn dies im Vertrage bestimmt ist, oder von den übrigen Gesellschaftern ein Fortsetzungsbeschluß gefaßt wird. Die Kommanditgesellschaft wird dann unter Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters zwischen den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt; §§ 161 Abs. 2, 138, 141 HGB. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Festkapital wächst den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern an; §§ 161, Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 738 BGB.

Damit muß der aus der KG ausgeschiedene Gesellschafter auch seinen GmbH-Anteil auf die in der Gesellschaft verbleibenden Kommanditisten oder auf die GmbH selbst übertragen. Das folgt aus der zur Sicherung der Beteiligungseinheit in die GmbH-Satzung aufgenommenen Übertragungsverpflichtung.

Schwierigkeiten hinsichtlich der Erfüllung dieser Übertragungsverpflichtung ergeben sich dann, wenn über das Vermögen eines Gesellschafters der Konkurs eröffnet ist oder wenn ein Privatgläubiger den GmbH-Geschäftsanteil gem. §§ 857, 829 ZPO gepfändet

hat[63].

Die Übertragung ist dem aus der KG ausgeschiedenen Gesellschafter dann ohne Zustimmung des pfändenden Gläubigers nicht mehr möglich. Im Falle des Konkurses wird die Übertragungsverpflichtung zu einer Konkursforderung, die zur Konkursmasse anzumelden ist[64]. Der GmbH-Vertrag muß daher vorsehen, daß der Geschäftsanteil im Falle der Pfändung oder bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung gem. § 34 GmbHG eingezogen werden kann[65].

Die statuarisch bestimmte unentgeltliche Einziehung würde jedoch die Zwangsvollstreckung in unzulässiger Weise vereiteln und ist daher für den Fall der Pfändung unbeachtlich[66]. Die Satzung muß daher einen wirtschaftlich vollwertigen Ersatz für den eingezogenen Geschäftsanteil vorsehen[67]. Nicht ausreichend ist die Bestimmung einer Entschädigung, die nach dem Nominalbetrag oder dem Steuerbilanzwert zu berechnen ist.

---

63) Zur Pfändung von GmbH-Anteilen vgl. Fischer, Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils passim; RGZ 57/414; 70/64; Scholz, § 15 Anm. 81; Hachenburg, § 15 GmbHG, Anh.I, Anm. 11; Schuler in NJW 1960, S. 1423; Fischer, GmbHR 1961, S. 21.

64) Schilling in Hachenburg, § 15 Anm. 79.

65) Eine solche Bestimmung ist zulässig. Vgl. Schilling in Hachenburg, aaO. und derselbe, § 15, Anh. I, Anm. 17.

66) Schilling in Hachenburg, § 15 Anh. I, Anm. 17; Scholz, § 15, Anm. 84; RGZ 142/375.

67) RGZ 142/375 (278); BGHZ 32/151; Fischer, GmbHR 1961, S. 25; Hueck, Der Betrieb 1957, S. 37; Scholz, § 15 GmbHG, Anm. 84; OLG Hamburg in DNotZ 1950, S. 472.

VII. Ergebnis des ersten Hauptteils

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß eine ganze Reihe von Vertragsbestimmungen erforderlich sind, um die Einheit der Beteiligung einer GmbH & Co. KG zu sichern. In gewissen Fällen kann ein Auseinanderfallen der Beteiligung an der GmbH und an der KG nicht verhindert werden, da die vertraglich übernommenen Übertragungspflichten sich nicht immer durchsetzen lassen.

Natürlich darf man die sich für die Beteiligungseinheit bei der GmbH & Co. ergebenden Gefahren auch nicht überschätzen. Die Gesellschaftsverträge können - wie gezeigt wurde - weitgehend Vorsorge treffen. Außerdem wird normalerweise kein Gesellschafter ein Interesse daran haben, die Beteiligungseinheit zu zerstören.

Das ändert aber nichts daran, daß jeder Gesellschafter an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen auf zweierlei Weise beteiligt sein muß, was einen entschiedenen Nachteil dieser Gesellschaftsform darstellt. Die doppelte Beteiligung ist nicht nur unnatürlich, sondern führt auch zu einer ganzen Reihe von Umständlichkeiten:

Zur Sicherung der Beteiligungsparität sind komplizierte Vertragsbestimmungen erforderlich;

die Übertragung der Beteiligung kann immer nur durch zwei Verträge geschehen, von denen einer der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG unterliegt;

bei teilweiser Übertragung der Beteiligung müssen Genehmigungserklärungen eingeholt werden;

gewisse Beteiligungsquoten lassen sich überhaupt nicht bilden, so daß in solchen Fällen die Einsetzung von Treuhändern notwendig wird.

Diese Schwierigkeiten werden vermieden, wenn

die Beteiligung an der GmbH und an der KG dadurch auf eine Beteiligung nur an der KG zurückgeführt wird, daß die KG unter ihrer Firma sämtliche GmbH-Anteile erwirbt.

Statt den Kommanditisten persönlich zu gehören, stehen die Anteile dann gesamthänderisch allen Gesellschaftern, also auch der GmbH selbst zu; §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 718 BGB. Die Kommanditisten können keine Verfügungen über die GmbH-Anteile treffen; §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 719 BGB. Soweit aber der Gesellschaftsvertrag der KG eine ganze oder teilweise Veräußerung der Beteiligung gestattet, wird der Erwerber mit der Kommanditbeteiligung automatisch entsprechend an deren Vermögen und damit an den GmbH-Anteilen beteiligt.

Die Beteiligung an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen wird also damit auch rechtlich zu einer Einheit. Verfügungen über sie richten sich nur noch nach den §§ 105 ff. HGB sowie nach den Bestimmungen im KG-Vertrag. Vertragliche Übertragungsverpflichtungen zur Sicherung der Beteiligungsparität brauchen den Gesellschaftern daher nicht mehr auferlegt zu werden.

Zweiter Hauptteil:

Die rechtliche Zulässigkeit des Erwerbes sämtlicher Geschäftsanteile der GmbH durch die GmbH & Co. KG

I. Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG als Sonderfall der wechselseitigen Beteiligung von Gesellschaften

Aufgrund der Darlegungen des vorstehenden Abschnittes ist davon auszugehen, daß für den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile der Komplementär GmbH durch die GmbH & Co. beachtliche und berechtigte wirtschaftliche Interessen sprechen. Diese Interessenlage wird auch von den Kritikern dieser Konstruktion gesehen[68]. Allein unter dem Gesichtspunkt des Mißbrauchs von Rechtsinstituten des Gesellschaftsrechts kann die Zulässigkeit der neuen Konstruktion daher nicht verneint werden[69]. Die Unzulässigkeit dieser Konstruktion kann sich vielmehr nur dann ergeben, wenn ihr zwingende gesellschaftsrechtliche Normen entgegenstehen sollten.

Es ist anerkannt, daß eine Kommanditgesellschaft Gesellschafterin einer GmbH sein kann[70]. Außerdem ist praktisch unbestritten, daß ein Gesellschafter alle Geschäftsanteile einer GmbH erwerben kann[71]. Es

---

68) Gonella, DB 1965, S. 1165.

69) Mertens, NJW 66, 1053.

70) Scholz, § 2 GmbHG, Rdnr. 6; Baumbach-Hueck, § 2, Anm. 2 C; Schilling in Hachenburg, § 2, Anm. 26; a.A. nur Fischer, Die GmbH, S. 41.

71) Über die Einmann-GmbH vgl. Scholz, § 15, Rdnr. 60-63; Baumbach-Hueck, Anh. zu § 34; Schilling in Hachenburg, § 13, Anh. I; Simon- v.Schönfeld, Gesellschaftsformen im Wirtschaftsleben, S. 221.

kann daher auch nicht zweifelhaft sein, daß grundsätzlich eine KG sämtliche Anteile einer GmbH erwerben kann.

Ein solcher Fall wird gar nicht so selten sein; man denke z.B. daran, daß viele Kommanditgesellschaften der Industrie ihren Verkauf über zu diesem Zwecke eigens gegründete Verkaufsgesellschaften in der Form der GmbH organisieren.

Bei dem Erwerb sämtlicher GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. KG besteht jedoch die Besonderheit, daß die GmbH ihrerseits wieder an der KG beteiligt ist. Es entsteht also eine wechselseitige Beteiligung zwischen einer KG und einer GmbH in einer besonders intensiven Form: Die GmbH ist als Komplementärin die beherrschende Gesellschafterin der KG, während gleichzeitig die Kommanditgesellschaft zur einzigen Gesellschafterin der GmbH wird.

Wenn auch die KG keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, sodaß Inhaber der Anteile ihre Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit werden, so führt das doch nicht dazu, daß die Gesellschafter auch gegenüber der GmbH als gesamthänderische Mitberechtigte nach § 18 GmbHG anzusehen sind[72]. Hier zeigt sich wieder, daß offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften durch die Möglichkeit, unter ihrer Firma selbständig Rechte zu erwerben (§ 124 HGB), nach außen wie juristische Personen behandelt werden.

Deswegen kann man in dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. KG einen Spezialfall der Begründung der gewöhnlich nur zwischen Kapitalgesellschaften vorkommenden wechselseitigen Beteiligung zweier Gesellschaften sehen.

---

72) So auch Schilling in Hachenburg, § 18 Anm. 7; Baumbach-Hueck, § 18, Anm. 1; Scholz, § 18, Rdnr. 4.

Keine Bedenken gegen den Erwerb der Anteile durch die KG ergeben sich daraus, daß, wenn man von der Verselbständigung der KG nach außen (§ 124 HGB) absieht, die GmbH selbst gesamthänderisch Mitberechtigte an eigenen Geschäftsanteilen wird.

In § 33 Abs. 1 GmbHG ist gerade die Zulässigkeit des Erwerbes eigener Anteile vorausgesetzt und nur für den Fall verboten, daß die Stammeinlage auf den Anteil noch nicht vollständig eingezahlt ist[73]. Erst recht muß es der GmbH daher gestattet sein, eigene Anteile mittelbar über die Beteiligung an einer Personengesellschaft zu besitzen.

Hiergegen ist die Ansicht vertreten worden, eine solche gesamthänderische Beteiligung an eigenen Anteilen sei in jeder Beziehung wie ein unmittelbarer Erwerb von Anteilen durch die GmbH selbst zu behandeln[74]. Bei Erwerb aller GmbH-Geschäftsanteile durch die GmbH & Co. würde sich damit hier das Problem der "Keinmann-GmbH" stellen.

Mit diesem Ausdruck bezeichnet man eine GmbH, die selbst alle ihre Geschäftsanteile erworben hat und damit zu einem unabhängigen stiftungsähnlichen Gebilde geworden ist. Mit dem Wesen der Körperschaft ist eine solche Konstruktion jedoch nicht vereinbar[75].

---

73) Das geschieht im Interesse der vollständigen Aufbringung des Stammkapitals. Zu der Frage, ob die GmbH & Co. Geschäftsanteile erwerben darf, auf die die Stammeinlage noch nicht vollständig geleistet ist, vgl. unten S.44 ff.

74) Genella, DB 1965, 1166.

75) Eine solche stiftungsähnliche GmbH wird lediglich von einem Teil des älteren Schrifttums für zulässig gehalten. Vgl. Hachenburg, GmbHG (5. Aufl.), §§ 33, Anm. 19 sowie derselbe in Festschrift für Cohn, S. 89; Crüger-Creceluis, GmbH-Gesetz, § 15 Anm. 1.

Streit herrscht daher lediglich darüber, ob schon der Erwerb des letzten Anteils nichtig ist[76] oder ob vorübergehender Besitz aller Anteile möglich ist und nur dann zur Auflösung der GmbH führt, wenn er zu einem Dauerzustand wird[77].

Die Anwendung der Grundsätze der Keinmann Gesellschaft würde daher dazu führen, daß die GmbH = KG als gesellschaftsrechtliche Konstruktion nicht in Betracht käme; und zwar auch nicht nach der gemäßigten Ansicht von Scholz und Schmidt[78], wonach die Keinmann Gesellschaft vorübergehend Bestand haben kann; denn die GmbH = KG ist ja gesellschaftsrechtlich nur sinnvoll, wenn sie auch dauernd bestehen kann.

Die Behandlung der GmbH = KG als "Keinmann-GmbH" ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Unzulässigkeit der Keinmann-GmbH ergibt sich nämlich nicht lediglich, wie Mertens meint[79], daraus, daß bei einer solchen Gesellschaft niemand vorhanden ist, der kompetent und willens wäre, die Willensbildung für die Gesellschaft vorzunehmen. Das Ruhen des Stimmrechtes ist vielmehr nur eine Folge des Wegfalls eines Mitgliedschaftsverhältnisses überhaupt. Denn bei der Keinmann Gesellschaft ist keine natürliche Person unmittelbar oder mittelbar über eine juristische Person als Trägerin der Mitgliedschaft vorhanden. In diesem mit dem Wesen der Körperschaft nicht zu vereinbarendem Zustand liegt der eigentliche Grund für die

---

76) Buchwald, GmbHR 1958, S. 171; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 3 A; Brodmann, § 33 GmbHG, Anm. 2 b; Feine, aaO., S. 424.

77) Scholz, § 15, Anm. 64; Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 21; Schuler, GmbHR 1962, S. 116.

78) Scholz, § 15, Anm. 64; Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 21; Schuler, GmbHR 1962, S. 116.

79) Mertens, NJW 66, 1054.

Unzulässigkeit der Keinmann-Gesellschaft[80].

Gerade in diesem wesentlichen Punkt unterscheidet sich aber die GmbH, die über eine GmbH & Co. KG an eigenen Anteilen mitbeteiligt ist, von der Keinmann GmbH. Trägerin der GmbH Mitgliedschaft ist nämlich die GmbH & Co. KG, und damit neben der GmbH selbst, die nicht in Betracht käme, die Kommanditisten in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Bei einer Liquidation der GmbH & Co. würden natürliche Personen wieder unmittelbar Gesellschafter der GmbH werden. Erst wenn bei einer Liquidation der GmbH & Co. sämtliche GmbH-Anteile durch einen besonderen Übertragungsakt gem. § 15 GmbHG auf die GmbH übertragen werden sollten, würde eine unzulässige Keinmann-GmbH entstehen[81]. Vorher besteht jedoch von der Mitgliedschaft her kein Anlaß, die formale Selbständigkeit von GmbH und KG zu durchbrechen, und die gesamthänderische Mitinhaberschaft der GmbH als Alleininhaberschaft an sich selbst zu deklarieren[82].

Es bleibt daher dabei, daß mit dem Erwerb der GmbH Anteile durch die GmbH & Co. eine wechselseitige Beteiligung zwischen GmbH und KG entsteht und nicht eine unmittelbare Beteiligung der GmbH an sich selbst.

Die Untersuchung der Zulässigkeit des Erwerbes der GmbH Anteile durch die GmbH & Co. kann sich daher auf die Bedenken beschränken, die allgemein bei wech-

---

80) Buchwald, GmbHR 1958, S. 171; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 3 A; Brodmann, § 33 GmbHG, Anm. 2 b; Feine, aaO., S. 424; Scholz, § 15,Anm. 64; Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 21; Schuler, GmbHR 1962, S. 116.

81) Ebenso ist danach die Übernahme sämtlicher Aktiven und Passiven der GmbH & Co. ohne Liquidation gem. § 142 HGB durch die GmbH nicht möglich.

82) Mertens NJW 66, 1053 f.; Simon, DB 63, 1210; Hesselmann DB 64, 1352.

selseitigen Beteiligungen von Gesellschaften untersucht werden müssen.

Einmal ist zu prüfen, ob und wie aus den von der GmbH & Co. erworbenen GmbH Anteilen das Stimmrecht ausgeübt werden kann, soweit die GmbH selbst auf die Abstimmung als Komplementärin der KG einen entscheidenden Einfluß hat.

Zum anderen ist zu fragen, ob die Gläubiger der GmbH bei der neuen Konstruktion in ausreichender Weise geschützt sind. Bedenken können sich insoweit vor allem hinsichtlich einer Umgehung der Vorschriften des GmbH Gesetzes betreffend die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung ergeben; §§ 30, 33 GmbHG.

II. Die Ausübung des Stimmrechtes aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteilen

1.) Die Ausübung des Stimmrechtes durch die GmbH

Die Ansicht, die von der GmbH & Co. KG erworbenen Geschäftsanteile seien in jeder Beziehung wie eigene Anteile zu behandeln, ist mit den vorstehenden Argumenten abzulehnen[83]. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob nicht aus den für gesellschaftseigene Anteile geltenden Überlegungen und in teilweiser Analogie zu den entsprechenden Bestimmungen des Aktiengesetzes (§ 136 Abs. 2 AktG) das Stimmrecht aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteile solange ruhen muß, als die Geschäftsführung der GmbH auf seine Ausübung einen entscheidenden Einfluß hat.

Käme man weiter - wie z.B. Gonella -[84] zu dem

---

83) Vgl. die Begründung auf den vorstehenden Seiten.
84) Gonella, aaO., S. 1166.

Ergebnis, daß auch durch die Kommanditisten das Stimmrecht aus den GmbH Anteilen nicht ausgeübt werden kann, dann müßte die GmbH = KG als gesellschaftsrechtliche Konstruktion ausscheiden. Denn eine Gesellschafterversammlung könnte nach dem Erwerb der Geschäftsanteile durch die GmbH & Co. KG nicht mehr stattfinden. Ein solcher Stillstand des gesellschaftlichen Lebens würde neben praktischen Schwierigkeiten spätestens bei Wegfall des letzten Geschäftsführers zur Auflösung der GmbH führen. Ein neuer Geschäftsführer könnte dann nur noch gem. § 29 BGB als Notgeschäftsführer bestellt werden, da § 29 BGB auch für die GmbH gilt[85]. Eine solche Notbestellung kann jedoch nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Eine Gesellschaft, bei der ein Geschäftsführer auf dem durch Satzung und Gesetz vorgesehenen Wege überhaupt nicht mehr bestellt werden kann, ist jedoch auflösungsreif.

a) Die Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Anteilen als Geschäftsführungsmaßnahme der KG

Durch den Erwerb der Anteile unter der Firma der KG gehört die Ausübung des auf sie entfallenden Stimmrechtes zu einer Geschäftsführungsaufgabe der Kommanditgesellschaft.

Im Hinblick darauf, daß es sich um die Ausübung des Stimmrechtes aus Geschäftsanteilen der Komplementärin handelt, könnte man höchstens die Frage aufwerfen, ob es sich bei bestimmten Beschlüssen nicht um eine Geschäftsführungsmaßnahme, sondern um einen Vorgang handelt, der die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen der GmbH & Co. berührt.

---

85) Scholz, § 6 Rdn. 8; Baumbach-Hueck, § 7 A 3 B; BGHZ 33, 193 a.E.

Da die GmbH jedoch auch nach dem Erwerb der Geschäftsanteile durch die GmbH & Co. rechtlich eine selbständige juristische Person ist, die von der GmbH & Co. streng unterschieden werden muß, ist es ausgeschlossen, daß durch einen Gesellschafterbeschluß der GmbH die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen der GmbH & Co. berührt werden. Diese werden nämlich rechtlich allein durch den KG-Vertrag bestimmt. An der Stellung der GmbH in der GmbH & Co. kann durch keinen Beschluß der GmbH-Gesellschafter etwas geändert werden.

So wird auch durch die Bestellung des GmbH-Geschäftsführers keineswegs der Komplementär der GmbH & Co. bestimmt, wenn es auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise so aussehen könnte. Komplementär ist und bleibt vielmehr die GmbH, die ihren Geschäftsführer völlig frei bestellen kann. Dieser tritt auch in keinerlei unmittelbare Rechtsbeziehungen zur GmbH & Co., sondern übt nur die der GmbH gegenüber der KG zustehenden Rechte aus[86].

Es bleibt daher dabei, daß die Ausübung des Stimmrechtes aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen GmbH-Anteilen eine Geschäftsführungsmaßnahme der KG darstellt.

Im Schrifttum ist bestritten, ob die Abgabe einer Stimme in Gesellschafterversammlungen einer GmbH eine Willenserklärung gegenüber der Gesellschaft ist[87] oder ob die Vorschriften über Willenserklärungen nur analog auf diesen Fall angewandt werden müssen[88]. Je-

---

86) Hesselmann, Handbuch, S. 101 ff.; a.A. Cahn, Die GmbH & Co. KG, S. 22 ff.

87) So Schmidt in Hachenburg, § 45 GmbHG, Anm. 8 u. 9; Ballerstedt, GmbHR 1955, S. 160 ff. (162); Bartholomeyczik, Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen, S. 2 ff.

88) So Staudinger-Coing, § 32 BGB, Anm. 22 b; Scholz, § 45 Anm. 9; Brodmann, § 47 Anm. 5 c.

denfalls müssen auf die Stimmabgabe die Grundsätze des rechtsgeschäftlichen Handelns angewandt werden.

Bei der Ausübung des Stimmrechtes aus den der KG gehörenden GmbH-Anteilen handelt es sich daher um eine Geschäftsführungsmaßnahme, bei der die Gesellschaft nach außen rechtsgeschäftlich vertreten wird.

Nach dem Gesetz ist allein der Komplementär zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt; §§ 170, 161 Abs. 2, 125 Abs. 1 HGB. In den Gesellschafterversammlungen der GmbH müßte daher die GmbH selbst als organschaftlicher Vertreter[89)] der KG das Stimmrecht namens der GmbH & Co. ausüben.

Eine andere Frage ist es, ob die GmbH auch die Geschäftsführungsbefugnis hat, das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung auszuüben. Wenn der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung trifft, erstreckt sich die Befugnis des Komplementärs zur Geschäftsführung auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt; § 164 HGB. Für Handlungen, die darüber hinausgehen, bedarf es der Zustimmung der Kommanditisten[90)]. Nach außen ist jedoch die Vornahme eines ungewöhnlichen Betriebsgeschäftes durch den Komplementär auch dann gültig, wenn die Zustimmung der Kommanditisten nicht vorliegt; §§ 161 Abs. 2, 126 Abs. 2 HGB.

---

89) Die rechtliche Natur der Vertretungsbefugnis des Komplementärs ist strittig. Sie kann insofern mit der gesetzlichen Vertretungsmacht verglichen werden, als ein selbst nicht handlungsfähiges Gebilde kraft Gesetzes in bestimmter Weise vertreten wird. Vgl. RGRHGB, Weipert, § 125, Anm. 7; Düringer-Hachenburg, § 125, Anm. 2 ; Ritter, § 125, Anm. 4 a; Schlegelberger-Geßler, § 125, Anm. 2.

90) Das Widerspruchsrecht gegen ungewöhnliche Handlungen ist als Zustimmungserfordernis aufzufassen; so die h.M. seit RGZ 158 158/305; vgl. § 116 Abs. 2 HGB.

Eine Stimmabgabe der GmbH als Vertreter der KG in der GmbH-Gesellschafterversammlung wäre also auch gültig, wenn es sich dabei um eine Geschäftsführungsmaßnahme handelt, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH & Co. KG hinausgeht.

Die Frage, ob es sich bei der Ausübung des Stimmrechtes um ein gewöhnliches oder ungewöhnliches Betriebsgeschäft handelt, ist daher nur für das Gesellschafterverhältnis zwischen der GmbH und den Kommanditisten von Bedeutung. Handelt es sich um ungewöhnliche Geschäfte, so müssen die Kommanditisten zustimmen, was praktisch bedeutet, daß die "Versammlung der Gesellschafter" der KG über die Ausübung des Stimmrechtes in der GmbH beschließen muß.

Sieht man in der Stimmabgabe in der GmbH-Gesellschafterversammlung nur ein gewöhnliches Betriebsgeschäft i.S. der §§ 116, 164 HGB, so bedeutet das, daß die GmbH mangels besonderer Vertragsbestimmungen auch im Innenverhältnis allein darüber entscheiden kann, wie das Stimmrecht aus den der KG gehörenden GmbH-Anteilen ausgeübt werden soll.

Für die Entscheidung der Frage, ob eine konkrete Maßnahme einer OHG oder KG ein gewöhnliches Betriebsgeschäft i.S. der §§ 116, 164 HGB darstellt, kommt es auf das konkrete Handelsgewerbe gerade der betreffenden Gesellschaft an. Gewöhnliche Geschäfte sind solche, die in dieser Gesellschaft in dieser Art und in diesem Umfange häufiger vorkommen[91]. Sie brauchen allerdings nicht alltäglich zu sein[92]. Als ungewöhnlich hat der Bundesgerichtshof[93] solche Geschäftsfüh-

---

91) Hueck, Recht der OHG, S. 86 f.; Schlegelberger-Geßler, § 116, Anm. 1; RGZ 158/308 und 162/370.

92) RGRHGB, Weipert, § 116, Anm. 2.

93) BGH in LM Nr. 1 zu § 116 HGB = BB 1954, S. 143.

rungsmaßnahmen bezeichnet, die "nach ihrem Inhalt und Zweck oder durch ihre Bedeutung und die mit ihnen verbundene Gefahr über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft hinausgehen, also Ausnahmecharakter haben"[94].

Wenn danach auch auf die Verhältnisse der konkret betroffenen Gesellschaft abzustellen ist, so läßt sich doch sagen, daß die Ausübung des Stimmrechtes aus den einer Kommanditgesellschaft gehörenden GmbH-Anteilen normalerweise eine gewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme darstellt, über die der Komplementär allein entscheiden kann. Denn wenn eine Kommanditgesellschaft Beteiligungen erworben hat, dann ist die Ausübung des Stimmrechtes in der Beteiligungsgesellschaft grundsätzlich ein sich häufig wiederholender Geschäftsvorfall ohne Ausnahmecharakter. Die Stimmrechtsausübung ist insoweit nicht anders zu beurteilen, als die Ausübung der sonstigen Mitgliedschaftsrechte, die zweifellos ebenfalls dem Komplementär zusteht.

Allerdings kann die Ausübung des Stimmrechtes z.B. aus einer Mehrheitsbeteiligung bei wichtigen Beschlüssen von entscheidender Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung der Kommanditgesellschaft sein. In solchen Fällen kann ein Beschluß einer Tochter-GmbH zu einem nach §§ 116, 164 HGB zustimmungsbedürftigen Geschäft der Gesellschaft selbst werden.

Bei der Frage, ob und wann die Ausübung des Stimmrechtes aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen GmbH-Anteilen ein zustimmungsbedürftiges Geschäft der KG ist, ist jedoch noch ein weiteres Moment zu berücksichtigen. Es handelt sich hier nicht um die Ausübung des Stimmrechtes aus irgendeiner Beteiligung der Kommanditgesellschaft, sondern um die Ausübung des Stimm-

---

94) BGH aaO.; vgl. schon RGZ 158/308.

rechtes aus den Geschäftsanteilen der die KG weitgehend beherrschenden Komplementärin. Wichtige Beschlüsse in der Komplementär-GmbH haben damit auch auf die KG wichtige Auswirkungen. Durch die Bestellung des GmbH-Geschäftsführers wird z.B. entschieden, welche Person die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft in Zukunft bestimmen wird. Beschlüsse der GmbH Komplementärin können daher auch insoweit ungewöhnliche Betriebsgeschäfte der KG im Sinne des § 164 HGB darstellen.

Im Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß die Ausübung des Stimmrechtes in der Komplementär-GmbH nach § 164 HGB zustimmungsbedürftig sein kann, wenn es um Beschlüsse geht, die auch für die GmbH & Co. außergewöhnliche Auswirkungen haben und damit über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs hinausgehen.

Ob solche Beschlüsse häufig vorkommen werden, hängt weitgehend davon ab, wie stark die Rechte der Gesellschafter in dem GmbH-Vertrag ausgestaltet sind. Die Bestellung des maßgebenden GmbH-Geschäftsführers wird fast immer zu den ungewöhnlichen Betriebsgeschäften der GmbH & Co. gehören; desgleichen Weisungen an die Geschäftsführer in Dingen von grundlegender Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft, wenn der GmbH-Vertrag derartige Weisungen zuläßt.

Nach der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung der §§ 161 ff. HGB könnte die GmbH somit die GmbH & Co. KG bei der Ausübung des Stimmrechtes aus den Geschäftsanteilen der Komplementär-GmbH allein vertreten (§ 170 HGB). Im Innenverhältnis steht ihr dazu grundsätzlich auch die Geschäftsführungsbefugnis zu, soweit es sich nicht um einen Beschluß handelt, der über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der GmbH & Co. nach Maßgabe der oben erörterten Grundsätze hinausgeht.

Diese Machtstellung der GmbH erscheint aber noch größer, wenn man bedenkt, daß Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der GmbH nur aus wichtigem Grunde entzogen werden können; §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB, eine Maßnahme, die zur Auflösung der GmbH & Co. KG führen muß, wenn nicht gleichzeitig ein neuer Komplementär in die Stellung der GmbH einrückt.

b) Folgen für die Zulässigkeit der Ausübung des Stimmrechtes durch die GmbH

Will man die Ausübung des Stimmrechtes aus den der GmbH & Co. gehörenden GmbH-Anteilen in der oben beschriebenen Weise zulassen, so hat das zur Folge, daß die GmbH, handelnd durch ihre Geschäftsführer, alle Befugnisse der Gesellschafterversammlung wahrnehmen kann. Die Geschäftsführer können daher über Satzungsänderungen, die Bestellung von weiteren Geschäftsführern und ihre eigene Abberufung weitgehend selbst entscheiden.

Soweit im neueren Schrifttum zur GmbH & Co. KG die Möglichkeit des Erwerbes der GmbH-Anteile durch die KG erwähnt ist, wird meist auch auf diese Folge hingewiesen[95]. Die Frage, ob die Ausübung des Stimmrechtes in dieser Weise nicht überhaupt unzulässig ist, wird lediglich von Gonella und Mertens[96] untersucht. Im übrigen wird mehr aus praktischen Erwägungen meist empfohlen, durch Bestimmungen in der GmbH-Satzung und im KG-Vertrag sicherzustellen, daß die GmbH & Co. in den Gesellschafterversammlungen der GmbH nicht durch die GmbH vertreten wird[95].

---

95) Simon, DB 1963, S. 1210; Hesselmann, BB 1964, S. 1352; derselbe in GmbHR 1965, S. 13; Knur in DNotZ 1964, S. 703.

96) Gonella, DB, 65, 1165 f.; Mertens, NJW 66, 1153 f.

Zu einer Untersuchung dieser Frage besteht jedoch Anlaß, da die GmbH auf Grund ihrer Stellung als Komplementär der GmbH & Co. wie oben gezeigt wurde, das Stimmrecht in ähnlicher Weise ausüben kann, als wenn es ihr selbst zustände und als wenn nicht die GmbH & Co., sondern sie selbst die GmbH-Anteile erworben hätte. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung ist aber anerkannt, daß auch eine GmbH ebenso wie eine Aktiengesellschaft[97] aus gesellschaftseigenen Anteilen das Stimmrecht nicht ausüben kann[98].

Die durch den Erwerb der GmbH-Anteile unter der Firma der KG hinsichtlich der Stimmrechtsausübung eintretende Lage ist auch nicht mit dem Fall vergleichbar, daß der einzige Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einmann-GmbH das Stimmrecht ausübt[99].

Daß dieser einmal als Gesellschafter und einmal als Geschäftsführer handelnd, sich selbst zum Geschäftsführer bestellen und abberufen kann und auch sonst das Stimmrecht ausüben kann, ist von der herrschenden Meinung anerkannt[100].

Der Geschäftsführer einer GmbH, die Komplementärin einer GmbH & Co. ist, der sämtliche GmbH-Anteile gehören, handelt aber keineswegs einmal als Gesellschafter und einmal als Geschäftsführer. Denn der GmbH selbst steht ja die Ausübung des Stimmrechtes für die GmbH & Co. zu. Für den GmbH-Geschäftsführer ist daher

---

97) Für die Aktiengesellschaft ergibt sich das unmittelbar aus dem Gesetz: §§ 71 Abs. 6, 136 Abs. 2 AktG.

98) Vgl. Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 16 mit weiteren Nachweisen.

99) Dieser Ansicht ist aber offenbar Simon, DB 1963, S. 1210.

100) Scholz, § 6 GmbHG, Anm. 7; Baumbach-Hueck, Anh. zu § 34, Anm. 3 B; Schmidt in Hachenburg, § 46, Anm. 21, 22; BGHZ 18/205 f.

die Ausübung des Stimmrechtes in der GmbH-Gesellschafterversammlung nur eine der ihm zukommenden Geschäftsführungsaufgaben. Anders als bei der Einmann-GmbH, deren einziger Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist, werden hier alle nach dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung zustehenden Aufgaben von dem Geschäftsführer in seiner Eigenschaft als Geschäftsführungsorgan der Gesellschaft wahrgenommen.

Die Frage, ob eine Kapitalgesellschaft wie aus eigenen Anteilen so auch als Vertreter eines anderen das Stimmrecht in ihrer eigenen Gesellschafterversammlung nicht ausüben kann, ist in der Literatur lediglich für den Sonderfall der Ausübung des Depotstimmrechtes der Aktienbanken in ihrer eigenen Hauptversammlung ausgiebig erörtert[101].

Dazu wird vielfach die Meinung vertreten, eine Aktiengesellschaft könne auch als Vertreter oder Legitimationsaktionär (§ 115 Abs. 4 AktG 1937)[102] eines Dritten das Stimmrecht nicht ausüben[103]. Begründet

---

101) Dort kommt ihr große Bedeutung zu. So wurden z.B. in der Hauptversammlung der Deutschen Bank vom 22. 4. 1958 bei einem insgesamt vertretenen Kapital von 162 Mill. 166.900 DM allein 111 Mill. 107.000 DM von dem Institut selbst vertreten. Vgl. Busse in NJW 1960, S. 1981.

102) Ähnlich jetzt § 135 AktG 1965.

103) Im älteren Schrifttum: Düringer-Hachenburg, Lehmann, § 252 HGB, Anm. 23; Staub-Pinner, Anm. 19 zu § 252 HGB, a.E.; Ruth, JW 1930, S. 1354; Frohner, Aktiensonderdepot und Legitimationsübertragung, S. 103. Neuerdings: Busse, aaO. und derselbe Depotstimmrecht, S. 126-132, für den Fall, daß keine besonderen Weisungen von Seiten des Dritten erteilt sind. Ebenso § 126 Referentenentwurf zum Aktiengesetz von 1958; Baumbach-Hueck, § 114 AktG, Anm. 6 E; DNotZ 1950, S. 453; v.Godin-Wilhelmi, § 114 AktG, Anm. 19 mit weiteren Nachweisen.

wird das damit, daß auch durch das Depotstimmrecht eine Machterweiterung der Verwaltung eintrete, die der Gesetzgeber gerade durch die Stimmverbote des § 114 AktG 1937 habe verhindern wollen[104].

Im Gegensatz dazu steht die praktische Handhabung in den Hauptversammlungen der Großbanken, wo das Auftreten von Bankvertretern für Depotkunden zugelassen wird. Diese Praxis kann sich dabei auf einen großen Teil des Schrifttums stützen[105], in dem mit Recht darauf hingewiesen wird, daß der Depotkunde jederzeit die Möglichkeit hat, konkrete Weisungen zu erteilen oder die Bevollmächtigung der Depotbank zu widerrufen[106].

Der GmbH kann die Vertretung und Geschäftsführungsbefugnis zur Stimmrechtsausübung für die GmbH & Co. nur gem. §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB aus wichtigem Grunde durch rechtsgestaltendes Urteil entzogen werden. Die Argumente, die die Ausübung des Depotstimmrechtes in der Hauptversammlung der Aktienbanken betreffen, lassen sich daher schon deshalb nicht auf den Fall der Ausübung des Stimmrechtes aus den der GmbH & Co. gehörenden GmbH-Anteilen durch die GmbH übertragen.

Um zu entscheiden, ob die GmbH das Stimmrecht wie aus eigenen Anteilen so auch nicht für die Anteile

---

104) Busse, aaO.

105) Schilling in NJW 1961, S. 486 ff.; Herold, Bank-Archiv 1942, S. 93 ff.; Gadow-Heinichen, Großkomm., § 114 AktG, Anm. 40; Abshagen, Soziale Praxis 1939, Sp. 283 ff.; Obermüller-Werner-Winden, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, S. 77. Ebenso ist der Ausschluß des Depotstimmrechtes, der in § 26 Referentenentwurf zum AktG von 1958 bestimmt war, nicht in den Entwurf 1960 und das AktG 1965 in dieser Form übernommen worden. Vgl. ferner Zöllner, Die Schranken der mitgliedschaftlichen Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 141.

106) Schilling, NJW 1961, S. 486 ff.

ausüben kann, die der GmbH & Co. gehören, muß zunächst geklärt werden, was der Grund für die Versagung des Stimmrechtes aus gesellschaftseigenen Anteilen ist.

Anders als im Aktiengesetz (§§ 71 Abs. 6, 136 Abs. 2) gibt es im GmbHG keine Bestimmung, aus der sich positiv der Stimmrechtsausschluß für gesellschaftseigene Anteile ergibt. Der Ausschluß des Stimmrechtes aus gesellschaftseigenen Anteilen wird für die GmbH vielfach damit begründet, daß die GmbH an sich selbst nicht eine echte Mitgliedschaft, sondern nur eine kapitalmäßige Beteiligung erwerben könne[107]. Schon begrifflich sei es ausgeschlossen und auch mit dem Wesen der Körperschaft nicht vereinbar, daß die Gesellschaft durch die Ausübung des Stimmrechtes sich selbst gegenüber an ihrer eigenen Willensbildung teilnehme[108], denn der Wille der Gesellschaft werde ja erst in der Gesellschafterversammlung gebildet. Bevor das geschehen sei, könne diese also noch gar nicht wissen, was sie wolle, und folglich an der Gesellschafterversammlung nicht teilnehmen[109].

Diese Argumentation ist jedoch zu formalistisch und begriffsjuristisch[110]. Sie übersieht außerdem, daß die Gesellschafterversammlung zwar das oberste und

---

107) Feine, aaO., S. 419 f.; Hösel, DNotZ 1958, S. 9; Mordhorst-Thiessen, aaO., S. 18 f. u. 107 f.; für die Aktiengesellschaft vgl. Gadow-Heinichen, Großkommentar, § 65, Anm. 31 m.w. Nachw.

108) So fußend auf RGZ 103/64 ff. (66): Schmidt in Hachenburg, § 33 Anm. 16; Scholz, § 33, Anm. 18; Brodmann, § 33, Anm. 2 b; für die Aktiengesellschaft: Winter, Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften, S. 59; Hösel, DNotZ 1958, S. 9; Buchwald, GmbHR 1958, S. 169 ff. (173); neuerdings auch Gonella, DB 65, 1165.

109) RGZ 103/64 ff. (66).

110) So auch Müller-Erzbach, aaO., S. 44; Zöllner, S. 131; neuerdings Mertens, NJW 66, 1053.

wichtigste Willensbildungsorgan der GmbH ist, daß die GmbH aber in der Geschäftsführung und einem eventuell eingesetzten Aufsichtsrat weitere Willensbildungsorgane hat.

Wollte man den Geschäftsführern das Stimmrecht aus den eigenen Anteilen der Gesellschaft zubilligen, so würde das daher durchaus nicht dazu führen, daß ein Wille der Gesellschaft überhaupt nicht mehr gebildet werden könnte. Die allerdings bedenkliche Folge würde es vielmehr sein, daß der Wille der Gesellschaft auch da, wo nach dem Vertrag die Gesellschafterversammlung zuständig ist, von der Geschäftsführung mitgebildet würde.

Das Ruhen des Stimmrechtes aus Anteilen, die der Gesellschaft selbst gehören, ist demnach kein Gebot der Logik. Der Grund für den Stimmrechtsausschluß liegt vielmehr in dem Interessenkonflikt zwischen Gesellschaftern und Verwaltung. Diese könnte sonst im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnisse ohne eigenes Kapitalrisiko eine Machtstellung einnehmen, die ihr nicht zukommt.

Denn durch die Teilnahme der Verwaltung an der Willensbildung in der eigenen Gesellschafterversammlung kann die Verwaltung in die allein den Gesellschaftern vorbehaltene Entscheidungsbefugnis eingreifen. Dadurch wird die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern zugunsten der Geschäftsführung in unzulässiger Weise durchbrochen[111].

Schon das Reichgericht hat in der oben erwähn-

---

111) Winter, aaO., S. 59; Zöllner, aaO., S. 131 ff.; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 136; Müller-Erzbach, aaO., S. 44, 210; Regierungsentwurf Aktiengesetz 1960, S. 161, Begründung zu § 130 Abs. 2; Gadow-Heinichen, Großkommentar, § 65 AktG, Anm. 31; a.A.: Boesebeck, BB 1955, S. 401.

ten, für die Frage der Stimmrechtsausübung aus eigenen Geschäftsanteilen grundlegenden Entscheidung[112] neben den begrifflichen Argumenten darauf hingewiesen, daß man dann den Geschäftsführer der Gesellschaft "zu ihrem Vogt" mache, was unannehmbar sei.

Derselbe Gedanke hat seinen Ausdruck in der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung des GmbH-Gesetzes zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung gefunden.

Zwar kann die Satzung einer GmbH die Zuständigkeiten zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung anders aufteilen, als es in § 46 GmbHG geschehen ist; § 45 Abs. 1 GmbHG[113]. Immer aber muß die Mitgliederversammlung das höchste Organ der Gesellschaft bleiben, das in jedem Fall ein Überwachungsrecht über die Geschäftsführung haben muß[114], und mit der nötigen Mehrheit alle Befugnisse wieder an sich ziehen kann.

Deswegen kann der Mitgliederversammlung die Zuständigkeit zur Satzungsänderung (§ 53 GmbHG) und in den Fällen der §§ 26, 60 Ziff. 2, 66 GmbHG überhaupt nicht genommen werden[115]. Einen über dem einstimmigen Mitgliederbeschluß stehenden Willen kann es in der GmbH nicht geben[116].

Der Gesetzgeber hat damit entschieden, daß in der GmbH der einmütige Wille der Gesellschafter sich

---

112) RGZ 103/64 ff. (66).

113) Im einzelnen vgl. Schmidt in Hachenburg, § 46, Anm. 12 ff.; Scholz, § 46, Anm. 2 ff.; Baumbach-Hueck, § 46, Anm. 2 ff.

114) Schmidt in Hachenburg, § 46, Anm. 32 a; Baumbach-Hueck, § 46, Anm. 8; Feine, S. 507; a.A.: Vogel, § 46, Anm. 7.

115) Scholz, § 45, Anm. 1; Schmidt in Hachenburg, § 45, Anm. 46 ff.; Brodmann, § 57, Anm. 10.

116) Brodmann, Erläut. 1 a zu § 37; Motive zum GmbHG, S. 18.

immer gegenüber dem Willen der Geschäftsführung oder eines anderen Organs durchsetzen können muß. Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, die dazu führen, daß der einheitliche Wille von natürlichen Personen, die letztendlich durch ihren Kapitaleinsatz Träger der Mitgliedschaft geworden sind, sich gegenüber der Geschäftsführung nicht durchsetzen kann, sind daher nicht denkbar.

Geht man davon aus, daß der zugrundeliegende Interessenkonflikt zwischen den Mitgliedern und der Verwaltung allein ausreichend ist, zum Schutze vor zu großer Verwaltungsmacht das Ruhen des Stimmrechtes aus gesellschaftseigenen Anteilen zu veranlassen, so ergibt sich als Folge, daß das Stimmrecht immer dann ruhen muß, wenn die Verwaltung es ebenso selbständig wie aus eigenen Anteilen ausüben könnte und seine Ausübung damit nicht unter dem maßgeblichen Mitgliederinteresse stände.

Dieser Gedanke hat im Aktiengesetz die Bestimmung veranlaßt, daß das Stimmrecht auch aus Aktien nicht ausgeübt werden darf, die einem abhängigen und daher unter dem Einfluß der Verwaltung stehenden Unternehmen gehören; § 136 Abs. 2 AktG. Hier wird ganz klar, daß nicht die logische Unmöglichkeit der Ausübung von Mitgliedschaftsrechten an sich selber das Verbot veranlassen konnte[117].

Auch für die GmbH ist dementsprechend davon auszugehen, daß das Stimmrecht aus Geschäftsanteilen nicht ausgeübt werden kann, die einem abhängigen Unternehmen

---

117) Der Gesetzgeber des Aktiengesetzes hat allerdings noch andere Nebenzwecke verfolgt. So soll außerdem der Verwaltung der Anreiz zu dem unerwünschten Erwerb eigener Aktien genommen werden. Vgl. Mestmäcker, Konzerngewalt, S. 117; Zöllner, aaO., S. 131 ff.

gehören. Im Schrifttum ist diese Frage allerdings umstritten[118]. Folgt man jedoch dem oben entwickelten Grundsatz, wonach das Stimmrecht immer dann ruhen muß, wenn die Verwaltung es ebenso selbständig wie aus gesellschaftseigenen Anteilen ausüben kann, so muß das Stimmverbot auf Geschäftsanteile ausgedehnt werden, die einem abhängigen Unternehmen gehören. Denn die Verwaltung hat auf die Ausübung des Stimmrechtes aus solchen Anteilen faktisch den gleichen Einfluß, wie aus eigenen Anteilen[119]. Die analoge Anwendung von § 136 Abs. 2 AktG auf die GmbH ist daher gerechtfertigt[120].

Für die Entscheidung der hier zu untersuchenden Frage, ob die GmbH das Stimmrecht aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteilen ausüben kann, kommt es somit darauf an, ob der oben herausgestellte Normzweck und die Gleichheit der Interessenlage eine analoge Anwendung des aktienrechtlichen Stimmverbotes auch auf diesen Fall gebieten.

Eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG kann nicht allein durch die mit dem Erwerb eingetretene gesamthänderische Mitberechtigung an eigenen Anteilen

---

118) Bejahend: Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, S. 113 ff.; Zöllner, aaO., S. 142 f. mit weiteren Nachweisen; Ruth, Eigene Aktien und Verwaltungsaktien, S. 78; Friedländer, Konzernrecht, S. 138; Mertens, NJW 66, 1053. Verneinend: RGZ 103 § 64 ff.; Schmidt in Hachenburg, Anh. zu § 47; Feine, aaO., S. 454 mit weiteren Nachweisen.

119) Mit ders. Begründung Zöllner, aaO.

120) Die Ausdehnung des Stimmverbotes auch bei der GmbH setzt also nicht, wie Serick, aaO., S. 113; Schmidt in Hachenburg, aaO. meinen eine Durchbrechung der Selbständigkeit der juristischen Person voraus, sondern läßt sich - ebenso wie das Stimmverbot aus eigenen Anteilen - mit der Analogie zum Aktiengesetz begründen.

begründet werden. Denkt man sich nämlich die GmbH nicht als Komplementär, sondern als Kommanditist der GmbH & Co. mit gleichem Kapitalanteil, dann ist nicht die GmbH & Co. von der GmbH, sondern umgekehrt, die GmbH als 100 %ige Tochtergesellschaft von der GmbH & Co. abhängig. Bei wechselseitiger Beteiligung ergibt sich nämlich eine Abhängigkeit im Sinne von § 136 Abs. 2 AktG dann, wenn die Beteiligung des einen Unternehmens zur Herrschaft über das andere Unternehmen führt[121].

Eine analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG kann daher nur im Hinblick auf den beherrschenden Einfluß der GmbH auf die GmbH & Co. und damit der GmbH-Geschäftsführung auf die Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Geschäftsanteilen in Betracht kommen.

Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht der GmbH, insbesondere hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechtes aus den der GmbH & Co. gehörenden GmbH-Anteilen ist oben[122] ausführlich dargestellt worden. Es hat sich dabei gezeigt, daß die GmbH nach außen in jedem Fall wirksam für die GmbH & Co. handeln kann und zwar in den Grenzen des § 164 HGB auch ohne Zustimmung der Kommanditisten handeln darf; §§ 170, 164 HGB. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht können der GmbH dabei nur aus wichtigem Grund durch rechtsgestaltendes Urteil entzogen werden; §§ 161 Abs.2, 117, 127 HGB.

Nach dem Zweck des § 136 Abs. 2 AktG., der eine Umgehung des Stimmverbotes aus eigenen Aktien verhindern soll[123], liegt eine Abhängigkeit aber gerade dann

---

121) Baumbach-Hueck, AktG, § 15, Anm. 3 C; Schlegelberger-Quassowski, § 15, Anm. 14.

122) S. 46 ff.

123) Baumbach-Hueck, AktG, § 114, Anm. 7 C; speziell Mertens, NJW 56, 1053.

vor, wenn das herrschende Unternehmen die Handlungen des abhängigen Unternehmens, insbesondere im Hinblick auf die Ausübung des Stimmrechtes in der eigenen Gesellschafterversammlung mehr oder weniger bestimmen kann[124]. Deswegen ist davon auszugehen, daß die GmbH & Co. von der GmbH als ihrer einzigen Komplementärin insoweit abhängig ist i.S. von § 136 Abs. 2 AktG, als der Umfang ihrer Geschäftsführungsbefugnisse allein durch das HGB bestimmt wird.

Damit ist allerdings die analoge Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG noch nicht ausreichend begründet. Weitere Voraussetzung dafür ist vielmehr, daß das Stimmverbot aus eigenen Aktien und GmbH-Anteilen auf die bei der GmbH & Co. KG vorliegende Interessenlage abzielt. Mertens[125] hat das aus zwei Gründen verneint. Einmal sei ein Interessenkonflikt zwischen den Zielen der Gesellschaft und denjenigen einzelner Gesellschafter, bei dem den letzteren der volle ihrem Stimmrecht zukommende Einfluß versagt bliebe, nicht denkbar. Zum anderen bestehe bei der GmbH & Co. KG als Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer GmbH-Komplementärin die Gefahr nicht, daß Verwaltungsorganen ein Machtzuwachs zufließe, der nicht mit einem entsprechenden kapitalmäßigen Risiko verbunden wäre[126].

Dieser Ansicht, für die Mertens keine nähere Begründung gibt, kann hier nicht gefolgt werden. Mertens scheint davon auszugehen, daß die GmbH-Geschäftsführung nur von Kommanditisten der GmbH & Co. KG gebildet wird, was keineswegs der Fall zu sein braucht, zumal einer der Gründe für die Wahl der Rechtsform der GmbH & Co. häufig der Wunsch ist, gesellschaftsfremde Geschäfts-

---

124) Baumbach-Hueck, AktG, § 15, Anm. 3 A.

125) Mertens, aaO., S. 1053.

126) Mertens, NJW 66, S. 1053.

führer zu bestellen. Das wird an anderer Stelle auch von Mertens betont[127].

Die Möglichkeit eines Interessenkonfliktes zwischen Gesellschaftern und Verwaltung kann auch nicht im Hinblick darauf verneint werden, daß die GmbH & Co. handelnd durch die GmbH das Stimmrecht ausübt und daß damit die einzige GmbH-Gesellschafterin selbst abstimmt. Mit diesem Argument müßte man, wenn es richtig wäre, auch die Keinmann-GmbH zulassen, da ja ein Konflikt zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft nicht denkbar sei.

Bei der Frage, ob ein Interessenkonflikt im dargelegten Sinne vorliegt, muß vielmehr darauf abgestellt werden, wer wirtschaftlich und risikomäßig Gesellschafter ist. Hinsichtlich der Komplementär-GmbH sind das GmbH und Kommanditisten in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Da die GmbH als stimmberechtigter Gesellschafter von vorneherein nicht in Betracht kommt, bleiben lediglich die Kommanditisten als Träger des wirtschaftlichen Risikos über. Wenn nun die GmbH selbst als Komplementärin gemäß §§ 170, 164 HGB das Stimmrecht ausüben könnte, so wäre durchaus ein Interessenkonflikt denkbar, bei dem den Personen, die allein das Kapitalrisiko tragen, der volle, ihrer Beteiligung zukommende Einfluß versagt bliebe.

Damit besteht aber zugleich die von Mertens geleugnete Gefahr, daß Verwaltungsorgane ein Machtzuwachs zufließt, der nicht mit einem entsprechenden Kapitalrisiko verbunden ist und nicht unter dem maßgeblichen Mitgliederinteresse steht. Darin liegt aber, wie oben gezeigt wurde[128], der entscheidende Grund für die

---

127) Mertens, aaO., S. 1052; vgl. vor allem Hesselmann, Handbuch, S. 27 ff.

128) oben S. 57 f.

Versagung des Stimmrechtes aus gesellschaftseigenen Anteilen.

Es ist zwar angängig, daß eine Kapitalgesellschaft als bevollmächtigter Vertreter der Gesellschafter in ihrer eigenen Gesellschafterversammlung abstimmt und diese - wie das Beispiel der Großbanken zeigt -[129] möglicherweise sogar entscheidend beeinflußt. Bei derartigen Vollmachten hat der Vollmachtgeber jedoch jederzeit die Möglichkeit, die Vollmacht zu wiederrufen.

Bei der GmbH & Co. KG würde die GmbH jedoch auf Grund der organschaftlichen Vertretungsmacht des § 170 HGB abstimmen können, deren Entziehung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich wäre (§§ 161, Abs. 2, 127 HGB). Auch im Innenverhältnis ist die Geschäftsführungsbefugnis nur hinsichtlich der über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Geschäfte an die Zustimmung der Kommanditisten gebunden; § 164 HGB. Damit würde dann, wenn man die Ausübung des Stimmrechtes durch die GmbH-Geschäftsführung zulassen wollte, eine nur sehr beschränkt kontrollierbare Verwaltungsmacht entstehen, die nicht mit kapitalmäßigem Risiko verbunden wäre und auch dem einmütigen Willen der Kommanditisten, als den Trägern des wirtschaftlichen Risikos, nicht unbedingt nachgeordnet wäre.

Der GmbH ist daher die Ausübung des Stimmrechtes aus den von der GmbH & Co. erworbenen Anteilen in Analogie zu § 136 Abs. 2 AktG zu versagen, soweit die Verwaltungsorgane der GmbH auf die Ausübung des Stimmrechtes den entscheidenden Einfluß haben.

---

129) oben Fußn. 101

2.) Die gesellschaftsvertragliche Regelung der Ausübung des Stimmrechtes

Die Tatsache, daß die GmbH das Stimmrecht durch ihre Geschäftsführer nicht ausüben kann, müßte zur Auflösung der GmbH oder der KG führen, wenn sich nicht eine gesellschaftsvertragliche Konstruktion der GmbH & Co. KG finden ließe, bei der es ausgeschlossen ist, daß die GmbH selbst auf die Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Anteilen Einfluß nimmt. Denn da - wie oben gezeigt wurde -[130] die gesamthänderische Mitbeteiligung der GmbH an eigenen Anteilen allein nicht ausreicht, um das Stimmverbot zu veranlassen, stünden der Ausübung des Stimmrechtes in diesem Fall keine Hindernisse mehr entgegen.

a) Die Übertragung von Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht auf die Kommanditisten

Bei der normalen GmbH & Co. KG wird die Stellung der GmbH-Geschäftsführer auf zweierlei Weise abgegrenzt: einmal durch die GmbH-Satzung gegenüber den Gesellschaftern der GmbH und außerdem durch den KG-Vertrag, durch den die Befugnisse der GmbH gegenüber den Kommanditisten bestimmt werden.

Wenn die Verträge keine besonderen Bestimmungen treffen, gelten für die GmbH-Gesellschafter die Bestimmungen des GmbHG über die Zuständigkeit der Gesellschafter-Versammlung[131] sowie die Rechte einer Minderheit von wenigstens 10 % des Stammkapitals[132].

Die GmbH selbst kann, wie oben gezeigt wurde, in ihrer Eigenschaft als Komplementär der GmbH & Co.

---

130) vgl. oben S. 59 f.

131) §§ 26, 46-51, 53, 60 Ziff. 2, 66 GmbHG.

132) §§ 50, 61 Abs. 2, 66 Abs. 2 GmbHG.

diese Befugnisse nicht für die GmbH & Co. ausüben. Deswegen muß der Gesellschaftsvertrag der KG den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis zur Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Geschäftsanteilen übertragen.

Da die GmbH & Co. bei der Stimmrechtausübung rechtsgeschäftlich vertreten wird[133], müssen die Kommanditisten oder einige von ihnen gleichzeitig Vertretungsmacht zur Ausübung des Stimmrechts erhalten.

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist in erster Linie der KG-Vertrag maßgebend; § 163 HGB. Dieser kann daher den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis für alle Fragen geben, die mit der Ausübung von Rechten aus den GmbH-Anteilen zusammenhängen. Das kann auch in der Weise geschehen, daß die GmbH insoweit von der Geschäftsführung ausgeschlossen wird[134].

Da die GmbH-Geschäftsführer ihre Geschäftsführungsbefugnis für die GmbH & Co. allein von der GmbH herleiten[135], kann ihre Befugnis in keinem Fall weiter gehen als die Geschäftsführungsbefugnis der GmbH selbst. Sie haben daher alle Beschränkungen einzuhalten, die der GmbH selbst auferlegt sind[135].

Mit der Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis erhalten die Kommanditisten jedoch nicht die Befugnis, die Gesellschaft im Rahmen der Geschäftsführungsbefugnis auch zu vertreten. Die Bestimmung des § 170 HGB, wonach die Kommanditisten von der Vertretung ausgeschlossen sind, behandelt das Verhältnis der Gesell-

---

133) Vgl. dazu oben, S. 48

134) Schlegelberger-Geßler, § 164, Rdnr. 9, 10 mit weiteren Nachweisen.

135) Hesselmann, Handbuch, S. 102 ff.

schaft zu Dritten und ist daher zwingend[136].

Die Vertretungsmacht der GmbH kann mit Wirkung gegenüber Dritten somit nicht beschränkt werden[137]. Der § 170 HGB bezieht sich aber nur auf die organschaftliche Vertretung des Komplementärs. Damit kann dem Kommanditisten daher lediglich eine originäre Vertretungsmacht nicht eingeräumt werden. Denn das liefe auf eine Einschränkung des Alleinvertretungsrechts der Komplementär-GmbH hinaus, die sich mit dem Wesen der KG nicht vertrüge[136]. Denn den Kommanditisten würde damit originäre Vertretungsmacht ohne entsprechendes Kapitalrisiko eingeräumt sein[138].

Dagegen ist es möglich, die Kommanditisten schon im Gesellschaftsvertrag zur Ausübung des Stimmrechtes in der GmbH Gesellschafterversammlung rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen. Eine solche Vollmacht muß jedoch von der nach § 170 HGB allein vertretungsberechtigten GmbH erteilt werden. Sie ist damit letzten Endes eine Vollmacht der GmbH[139]. Wird sie bereits im Gesellschaftsvertrag erteilt, oder ist ihre Erteilung dort bereits vorgesehen, so darf sie nur aus wichtigem Grund (§§ 117, 127 HGB analog) wiederrufen werden[140].

Gonella kommt[141] mit Rücksicht auf diese Rechtslage zu dem Schluß, daß das Stimmrecht auch von den Kommanditisten nicht ausgeübt werden kann. Von

---

136) Das ergibt sich aus einem Umkehrschluß aus § 163 HGB. Vgl. Baumbach-Duden, § 170, Anm. A; Schlegelberger-Geßler, § 170, Rdnr. 4.

137) Schlegelberger-Geßler, § 170, Rdnr. 3; KG in JW 1939, S. 424.

138) Gonella, DB 1965, 1166.

139) Gonella, aaO., S. 1166.

140) Baumbach-Duden, § 170 B; BGHZ 17, 394.

141) Gonella, aaO., S. 1166.

seinem Standpunkt aus ist das konsequent. Denn er begründet das Ruhen des Stimmrechtes dadurch, das er die von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteile in jeder Hinsicht wie eigene Anteile behandelt. Damit können sämtliche Rechte und Pflichten aus den der KG gehörenden Geschäftsanteilen nicht ausgebüt werden, da deren Quelle, nämlich das Mitgliedschaftsverhältnis "als nicht existent behandelt werden muß"[142]. Geht man aber davon aus, daß das Stimmrecht der GmbH von vornherein ruht, da ein Mitgliedschaftsverhältnis zwischen GmbH und GmbH & Co. gar nicht besteht, dann können auch Bevollmächtigte des gesetzlichen Vertreters der KG das Stimmrecht nicht ausüben.

Nach dem hier vertretenen Standpunkt zur Stimmrechtsfrage ist eine Ausübung des Stimmrechtes durch bevollmächtigte Kommanditisten jedoch möglich. Danach besteht nämlich sehr wohl ein Mitgliedschaftsverhältnis zwischen der GmbH und der GmbH & Co. KG. Lediglich auf Grund des beherrschenden Einflusses der GmbH-Geschäftsführung auf die Stimmrechtsausübung war dieser die Ausübung des Stimmrechtes in Analogie zu § 136 Abs. 2 AktG zu versagen.

Überträgt der Gesellschaftsvertrag den Kommanditisten insoweit die Geschäftsführungsbefugnis und wird ihnen insoweit von der GmbH Vertretungsmacht erteilt, so ist es nicht möglich, daß die GmbH die Ausübung des Stimmrechtes beeinflußt.

Zwar ist die Verpflichtung der GmbH, sich hinsichtlich der Stimmrechtsausübung jeglicher Geschäftsführung zu enthalten, wegen der unbeschränkbaren Vertretungsmacht der GmbH nur im Innenverhältnis wirksam. Eine Stimmabgabe durch die GmbH kraft ihrer organschaftlichen Vertretungsmacht unter Überschreitung ihrer

---

142) Gonella, aaO., S. 1166.

Geschäftsführungsbefugnis würde jedoch die Abberufung der GmbH aus wichtigem Grunde herbeiführen können; §§ 161 Abs. 2, 127, 117 HGB.

Da auch der Widerruf der im Gesellschaftsvertrag den Kommanditisten erteilten Vollmacht nur aus wichtigem Grund erfolgen darf[143], kann die GmbH die Stimmrechtsausübung auch im Hinblick auf die formell von ihr abgeleitete Vollmacht nicht beeinflussen.

Die Erwägungen, mit denen der GmbH selbst, handelnd durch ihre Geschäftsführung, die Abstimmung in der eigenen Gesellschafterversammlung versagt wurde, passen also hier nicht mehr. Es ist daher auch nicht ersichtlich, warum es der GmbH ebenfalls versagt sein soll, die Kommanditisten zur Ausübung des Stimmrechtes namens der GmbH & Co. KG unwiderruflich zu bevollmächtigen. Mit einer analogen Anwendung des § 136 Abs. 2 AktG und auf Grund der Überlegungen, mit denen das Ruhen des Stimmrechtes aus gesellschaftseigenen Anteilen anzunehmen ist, läßt sich diese Meinung jedenfalls nicht begründen, denn die Gefahr einer Einflußnahme der GmbH-Geschäftsführung ist hier nicht mehr gegeben.

Die Kommanditisten können somit, anders als die GmbH durch ihre Geschäftsführung, das Stimmrecht aus den von der GmbH & Co. KG erworbenen Anteilen ausüben, soweit ihnen dazu Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt sind.

b) <u>Die Berücksichtigung des Gebotes der einheitlichen Stimmrechtsausübung</u>

Das Ziel der Regelung der Geschäftsführung und Vertretung der GmbH & Co. bei der Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Anteilen durch die Kommanditisten muß es normalerweise sein, jedem Kommanditisten auf

---

143) Baumbach-Duden, § 170 B; BGHZ 17, 394.

die Beschlußfassung in der GmbH-Gesellschafterversammlung möglichst den Einfluß zu geben, den er gehabt hat, als sich ein Geschäftsanteil in seinem Privatvermögen befand. Jeder Kommanditist muß daher den Einfluß bekommen, der dem von ihm eingebrachten Anteil am Stammkapital der GmbH und somit auch am Festkapital der KG entspricht.

Auf einfachste Weise und unter Wahrung der einer Minderheit von 10 % nach dem GmbHG zustehenden Rechte ließe sich dieses Ziel erreichen, wenn jedem Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht für die Ausübung des Stimmrechtes aus dem von ihm eingebrachten GmbH-Anteil eingeräumt werden könnte. Das würde dann dazu führen, daß sich in der GmbH-Gesellschafter-Versammlung nach wie vor bei Abstimmungen von Fall zu Fall unterschiedliche Mehrheiten bilden würden.

Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung ergeben sich aber aus dem im Recht der GmbH grundsätzlich geltenden Gebot der einheitlichen Stimmabgabe[144]. Das besagt, daß ein Gesellschafter einer GmbH, wenn er einen Geschäftsanteil mit mehreren Stimmen oder auch mehrere Geschäftsanteile besitzt, seine Stimme zu einem Punkt der Tagesordnung nur einheitlich abgeben kann. Dieses Gebot folgt daraus, daß das Stimmrecht Ausfluß der Mitgliedschaft ist, die durch den Erwerb weiterer Geschäftsanteile nicht vervielfältigt

---

144) Für die Geltung dieses Grundsatzes haben sich ausgesprochen: Schmidt in Hachenburg, § 47, Anm. 6 a; Scholz, § 47, Anm. 9; Feine, aaO., S. 526; RGZ 118/157/58; neuerdings BGH in BB 1964, S. 1272/67 ausdrücklich allerdings nur für den Fall, daß ein Gesellschafter nur einen Geschäftsanteil besitzt. A.A.:Baumbach-Hueck, § 47, Anm. 3 E; Wolney, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 218; Boehmer, NJW 1949, S. 564 ff.; mit weiteren Nachweisen.

wird. Es stimmt nicht der Geschäftsanteil, sondern der Gesellschafter[145].

Da die GmbH & Co. als ein Mitglied anzusehen ist[146], gilt der Grundsatz der einheitlichen Stimmabgabe auch für alle ihr gehörenden Geschäftsanteile. Aus diesen kann daher nur in einem Sinne abgestimmt werden. Geschieht das nicht, so ist die Abstimmung ungültig.

Die Kommanditisten hätten danach nicht die Möglichkeit, das Stimmrecht in der GmbH unterschiedlich auszuüben, auch wenn ihnen das im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich gestattet ist. Nur wenn sich alle einig wären, könnten sie Beschlüsse in der GmbH-Gesellschafterversammlung herbeiführen.

Nun gilt allerdings der Grundsatz der einheitlichen Stimmabgabe nicht ohne Ausnahmen. Nach überwiegender Ansicht ist eine uneinheitliche Stimmabgabe bei Vorliegen eines wichtigen Grundes als zulässig anzusehen[147]. So z.B. dann, wenn ein Gesellschafter mehrere Geschäftsanteile weisungsgebunden für verschiedene Treugeber besitzt oder wenn sich ein Gesellschafter hinsichtlich eines oder einiger seiner Geschäftsanteile einer obligatorischen Stimmrechtsbildung unterworfen

---

145) Die GmbH erweist sich auch hier als personenbezogener als die Aktiengesellschaft, so daß die für die AG hierzu entwickelten Grundsätze nicht auf die GmbH übertragen werden können. Schmidt in Hachenburg, aaO.

146) Vgl. Anm. 72.
so auch Hueck, Recht der OHG, S. 16 f., sogar für die Mitgliedschaft einer OHG in einer anderen OHG; dasselbe muß daher erst recht für die Mitgliedschaft einer OHG (KG) an einer Kapitalgesellschaft gelten.

147) Scholz, § 47, Anm. 9; Schmidt in Hachenburg, § 47, Anm. 6 a; Winter, GmbHR 1965, S. 34 ff. (29); Baumbach-Hueck, § 47, Anm. 3 E; Boehmer, aaO., S. 566.

hat[148].

Darüber hinaus hält Klausing[149] eine uneinheitliche Stimmrechtsausübung auch dann für zulässig, wenn eine juristische Person oder eine Personalhandelsgesellschaft mehrere Geschäftsanteile einer GmbH besitzt. In diesen Fällen sei das Bedürfnis groß, den verschiedenen Interessen innerhalb der Gesellschaft auch in der von ihr beherrschten Körperschaft zum Durchbruch zu verhelfen[150].

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Auch in solchen Fällen besteht für eine uneinheitliche Stimmrechtsausübung kein rechtlich schutzwürdiges Interesse.

Soweit eine OHG oder Kommanditgesellschaft nur einen GmbH-Geschäftsanteil besitzt, folgt das schon daraus, daß das Gesetz in § 18 Abs. 1 GmbHG einheitliche Rechtsausübung selbst bei Besitz mehrerer Mitberechtigter vorschreibt. Erst recht muß das dann gelten, wenn der Anteil an der GmbH einer juristischen Person oder einem weitgehend verselbständigten Rechtsträger, wie einer OHG oder KG, zugeordnet ist.

Aber auch dann, wenn eine OHG oder KG mehrere GmbH-Geschäftsanteile besitzt, kann die uneinheitliche Stimmrechtsausübung nur im Rahmen der für den Besitz von physischen Personen zugelassenen Ausnahmen in Betracht kommen. Das folgt daraus, daß angesichts der

---

148) Scholz, § 47, Anm. 9; Schmidt in Hachenburg, § 47, Anm. 6 a; Winter, GmbHR 1965, S.23 ff. (29); Bauchbach-Hueck, § 47, Anm. 3 E; Boehmer, aaO., S. 566.

149) Vgl. Klausing, Die uneinheitliche Ausübung mehrer Stimmen, S. 111 und S. 138 sowie derselbe, JW 1927, S. 2982.

150) Ein derartiger Fall ist vom Reichsgericht in RGZ 118/69 entschieden. Das RG hat in diesem Fall die Gültigkeit der uneinheitlichen Abstimmung verneint.

rechtlichen Verselbständigung nach außen (§ 124 HGB) auch eine Personalhandelsgesellschaft als ein Gesellschafter der GmbH anzusehen ist. Deswegen sind alle Erwägungen, die für die Abstimmung aus mehreren Geschäftsanteilen im Besitze einer physischen Person gelten, auch hier maßgebend[151].

Nach dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. kann daher das Stimmrecht aus allen GmbH-Anteilen nur noch einheitlich ausgeübt werden. Alle Beschlüsse in der GmbH-Gesellschafterversammlung sind daher einstimmig.

Diese Rechtslage muß bei der gesellschaftsvertraglichen Regelung der Geschäftsführungsbefugnis und Bevollmächtigung der Kommanditisten berücksichtigt werden. Dabei sind zwei Fragen getrennt zu behandeln. Einmal die interne Willensbildung der Kommanditisten innerhalb der KG darüber, wie das Stimmrecht für die KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH ausgeübt werden soll, und zum anderen die Bevollmächtigung von Organen oder Kommanditisten zur Ausübung des Stimmrechtes in dem innerhalb der KG beschlossenen Sinne. Beide Maßnahmen können hinsichtlich der Person des Handelnden auseinanderfallen.

Die Willensbildung innerhalb der KG zur Ausübung des Stimmrechtes wird sich in der Regel, wie bei anderen Gesellschafterbeschlüssen der kapitalistischen KG, nach der Kapitalmehrheit richten. Das ist insbesondere dann zweckmäßig, wenn bei der KG ein Festkapital gebildet wurde, an dem die GmbH nicht beteiligt ist.

Dabei werden häufig Bestimmungen darüber erforderlich sein, mit welcher Mehrheit jeweils der Beschluß über die Ausübung des GmbH-Stimmrechtes gefaßt werden muß. Grundsätzlich wird, wie bei allen Gesell-

---

151) Mit gleichem Ergebnis neuerdings auch Winter, GmbHR 1965, S. 23 ff. (29).

schafterbeschlüssen, auch hier eine einfache Mehrheit des Festkapitals ausreichend sein. Soll aber z.B. eine Änderung der GmbH-Satzung nur mit Dreiviertelmehrheit möglich sein, so muß für die Beschlußfassung über die Stimmrechtsausübung durch die Kommanditisten auch eine Dreiviertelmehrheit verlangt werden. Zweckmäßigerweise wird man für alle Beschlüsse die Mehrheit vorsehen, die auch für entsprechende die Kommanditgesellschaft betreffende Beschlüsse erforderlich ist.

Die tatsächliche Ausübung des Stimmrechtes in dem innerhalb der KG beschlossenen Sinne hat dann nur noch rein formellen Charakter. Dazu ist - zweckmäßigerweise bereits im Gesellschaftsvertrag - bestimmten Vertrauenspersonen einzeln oder gemeinschaftlich Vollmacht zu erteilen. Am einfachsten dürfte es sein, generell die Kommanditisten zu bevollmächtigen, die bei der Abstimmung innerhalb der KG für die gefaßte Entschliessung gestimmt haben. Denn diese werden am ehesten bereit sein, unverzüglich eine Beschlußfassung der GmbH herbeizuführen. Die entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages der KG könnte dann etwa wie folgt lauten:

"Sollte die Gesellschaft alle Anteile der Komplementär GmbH erwerben, so sind zur Vertretung der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung der GmbH alle Kommanditisten zusammen berechtigt. Sie stimmen über die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung der GmbH zuvor im Verhältnis der Kapitalanteile ab. Die Mehrheit vertritt die Minderheit in der Gesellschafterversammlung der GmbH."

Im Ergebnis führt eine solche Vertragsgestaltung dazu, daß die Willensbildung in allen Angelegenheiten der GmbH & Co., soweit sie durch die Gesellschafter zu erfolgen hat, innerhalb der KG geschieht. Dadurch wird die völlige Gleichschaltung der beiden bei einer GmbH & Co. auch nach dem Erwerb aller Anteile der Komple-

mentär-GmbH notwenigen Gesellschafterversammlungen erreicht und die einheitliche Willensbildung im Unternehmen gesichert.

III. Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG vom Standpunkt des Gläubigerschutzes

1.) Die Sicherung der vollständigen Aufbringung des Stammkapitals

Der Gesetzgeber hat durch eine Reihe von zwingenden Vorschriften die vollständige Aufbringung des Stammkapitals der GmbH im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zu sichern gesucht[152]. Würde die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile, auf welche die Stammeinlage noch nicht vollständig geleistet ist, erwerben können, so würde die GmbH hinsichtlich der ausstehenden Einlagen ihr eigener Schuldner. Die Einlagepflicht ginge damit durch Konfusion unter[153]. Die vollständige Aufbringung des Stammkapitals würde auf diese Weise verhindert.

Deswegen verbietet § 33 Abs. 1 GmbHG der Gesellschaft den Erwerb eigener, nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile mit der Wirkung, daß ein dem Verbot zuwider erfolgter Erwerb gem. § 134 BGB nichtigt ist[154]. Die Nichtigkeit erfaßt auch das dem Erwerb zugrundeliegende schuldrechtliche Geschäft[154].

---

152) Neben § 33 Abs. 1 GmbHG sind dies vor allem die §§ 5, 7; 19-25 GmbHG.

153) Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 3 mit weiteren Nachweisen.

154) Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 5; Brodmann, § 33, Anm. 1 b; Scholz, § 33, Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 2 C.

Da die GmbH erst mit der Eintragung Rechtsfähigkeit erlangt (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und eine GmbH zur Eintragung nur dann angemeldet werden kann, wenn von jeder Stammeinlage wenigstens ein Viertel[155] eingezahlt ist (§ 7 Abs. 2 GmbHG)[156], kann das Verbot des § 33 Abs. 1 GmbHG nur praktisch werden, wenn wenigstens der durch § 7 GmbHG vorgeschriebene Teil der Stammeinlage schon geleistet ist.

Wenn nun GmbH-Anteile, auf die die Stammeinlage noch nicht voll geleistet ist, von der GmbH & Co. KG erworben werden, so ist § 33 Abs. 1 GmbHG seinem Wortlaut nach nicht verletzt. Denn Erwerberin ist nicht die GmbH selbst, sondern die von ihr zu trennende GmbH & Co. KG.

Das ältere Schrifttum zu der Frage der Zulässigkeit der juristischen Person & Co. hat in dem Erwerb von GmbH-Anteilen durch die GmbH & Co. vielfach eine Umgehungsmöglichkeit der Vorschrift des § 33 GmbHG gesehen und auch aus diesem Grunde die GmbH & Co. KG für unzulässig oder wenigstens bedenklich gehalten[157].

Diese Schlußfolgerung geht aber entschieden über das hinaus, was im Interesse der Gesellschaftsgläubiger geboten erscheint. Wenn sich nämlich bei einer Untersuchung wirklich herausstellen sollte, daß mit dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. das erreicht wird, was der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 33 GmbHG verhindern wollte, wenn also

---

155) Aber niemals weniger als DM 250,--!

156) Sacheinlagen müssen bei der Anmeldung sogar vollständig zur Verfügung der Geschäftsführer stehen. So die h.M. und die Praxis der Registergerichte. Vgl. Schilling in Hachenburg, § 7, Anm. 14 mit weiteren Nachweisen.

157) Heuer, Diss., S. 40 f.; Kunz, Diss., S. 32; Scheuing, Diss., S. 45; Wieland, Handelsrecht I, S. 836; Schönle, Grundtypenvermischung, S. 70 ff.; Holdheim, Holdheims Z. Bd. 1, S. 195 ff.

ein solcher Erwerb tatsächlich eine Umgehung dieses Verbotes bewirkt, dann genügt es, § 33 GmbHG analog auf den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen durch die GmbH & Co. anzuwenden, um die GmbH-Gläubiger ausreichend zu schützen. Dafür, daß die GmbH & Co. KG das Verbot des § 33 Abs. 1 (und Abs. 2) GmbHG zu beachten hat, haben sich daher auch eine Reihe von Autoren ausgesprochen[158].

Eine analoge Anwendung des § 33 Abs. 1 GmbHG würde voraussetzen, daß mit dem Erwerb nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile durch die GmbH & Co. der Anspruch auf vollständige Einzahlung des Stammkapitals gefährdet würde. Durch den Erwerb der nicht voll eingezahlten GmbH-Geschäftsanteile wird die GmbH & Co. hinsichtlich der Einzahlungsforderung der GmbH zur Schuldnerin der GmbH.

Die Tatsache, daß die GmbH als Gesellschafter der GmbH & Co. auch auf der Schuldnerseite steht, führt nicht zum Erlöschen der Einzahlungsforderung; denn die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft sind soweit verselbständigt, daß Ansprüche und Verpflichtungen zwischen ihnen und ihren einzelnen Gesellschaftern möglich sind[159]. Ein auch nur teilweises Erlöschen durch Konfusion findet somit, anders als beim unmittelbaren Erwerb durch die GmbH, hier nicht statt. Der Einzahlungsanspruch der GmbH bleibt vielmehr

---

158) Unger, Diss., S. 20; Semmel, Diss., S. 40; Derichs, Diss., S. 29 ff.; neuerdings Fetsch, GmbH & Co. im Steuerreicht, S. 21; a.A.: Nußbaum, Diss., S. 34 f.; Steinger, Diss., S. 89 ff. ausführlich Drechsler, Diss., S. 134 ff. und S. 178 ff.

159) v. Tuhr, Allg. Teil Bd. I, S. 354; Hueck, Recht der OHG, S. 186; RGRHGB, Weipert, § 124, Anm. 19; Schlegelberger-Geßler, § 109, Anm. 8; Baumbach-Duden, § 124, Anm. 6 B.

als Anspruch eines Gesellschafters gegen die GmbH & Co. voll bestehen.

Da es sich nicht um eine Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag der KG handelt, also nicht um eine Sozialverbindlichkeit der Gesellschaft, hat die GmbH hinsichtlich des Einzahlungsanspruches dieselben Rechte wie jeder andere Gläubiger der Gesellschaft[160]. Eine gewisse Einschränkung ergibt sich aber daraus, daß die GmbH als Gesellschafter der gesellschaftlichen Treuepflicht unterliegt und daher bei Geltendmachung des Anspruches dann Nachsicht üben muß, wenn eine sofortige Beitreibung die Gesellschaft besonders stark schädigen würde und der GmbH ein Abwarten zuzumuten ist[161].

Da die GmbH die einzige Komplementärin ist, haften ihr die Kommanditisten allerdings nur bis zur Höhe der von ihnen übernommenen Haftsumme und, soweit sie ihre Einlagen in dieser Höhe geleistet haben, nur noch beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen; § 171 Abs. 1 HGB. Die GmbH selbst würde dritten Gläubigern gegenüber allerdings gem. § 128 HGB persönlich und unbeschränkt haften. Da sie hier aber selbst Gläubigerin ist, tritt insoweit, als sie sich selbst in Anspruch nehmen könnte, Konfusion ein. Die Veräußerung der GmbH-Anteile an die GmbH & Co. bewirkt also, soweit die Kommanditeinlagen vollständig geleistet sind, eine Beschränkung der Haftung für den Einzahlungsanspruch auf das Vermögen der Kommanditgesellschaft.

Bevor man aber daraus den Schluß zieht,

---

160) Sie steht der Gesellschaft als Dritter gegenüber. Vgl. Hueck, Recht der OHG, S. 236 f.; Baumbach-Duden, § 124, Anm. 6 B.

161) Hueck, aaO.; RG in JW 1937, S. 1968; RGRHGB, Weipert, § 128, Anm. 32; Schlegelberger-Geßler, § 138, Anm. 25; abweichend Düringer-Hachenburg, § 128, Anm. 15; auch wohl RG in LZ 1912, Sp. 911.

daß der GmbH & Co. in Analogie zu § 33 Abs. 1 GmbHG der Erwerb von Geschäftsanteilen ihrer Komplementärin, auf die die Stammeinlage noch nicht voll geleistet ist, verboten ist, muß noch untersucht werden, ob sich nicht aus den §§ 16 Abs. 3, 21 - 24 GmbHG ergibt, daß die Kommanditisten als Vorbesitzer unbeschränkt weiter haften.

Der Gesetzgeber hat in § 33 Abs. 1 GmbHG der GmbH den Erwerb nicht voll eingezahlter Anteile in Kenntnis der Weiterhaftung des Veräußerers gem. §§ 16 Abs. 3 GmbHG für bei Veräußerung rückständiger Einlagen und gem. §§ 21 - 24 GmbHG für den Fall der Kaduzierung verboten. Deswegen könnte eine solche Haftung des Veräußerers die analoge Anwendung von § 33 Abs. 1 HGB nur dann ausschließen, wenn sie bei Erwerb durch die GmbH selbst nicht gegeben wäre.

Wenn die GmbH selbst nicht voll eingezahlte Anteile erwerben würde, ginge jedoch nicht nur die Einlageverpflichtung selbst durch Konfusion unter, sondern auch die Rückgriffhaftung gegen den Veräußerer könnte infolge des Dazwischentretens der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden[162].

Bei der Frage, ob die veräußernden Kommanditisten für die vollständige Aufbringung des Stammkapitals weiter haften, müssen zwei Fälle unterschieden werden: War im Zeitpunkt der Anmeldung der Anteilsübertragung auf die GmbH & Co. die gesamte restliche Einlagever-

---

162) Vgl. Mordhorst-Thiessen, aaO., S. 102; Hachenburg GmbHG (5. Aufl.), § 33 Anm. 3; Drechsler, Diss., S. 181; dazu, daß auch der Gesetzgeber sich darüber klar war, vgl. die Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 3746; vgl. ferner Scholz, § 33, Anm. 2; RG in DJZ 1913, S. 867; RGZ 93/329: dazu, daß der Normzweck des § 33 Abs. 1 GmbHG nicht verletzt ist bei Erwerb eigener Anteile unter der Bedingung, daß vom Veräußerer der Rest der Stammeinlage bezahlt wird.

pflichtung schon rückständig, so haftet der Veräußerer unmittelbar neben der Kommanditgesellschaft (§ 16 Abs. 3 GmbHG)[163], ohne daß es dazu vorher eines Kaduzierungsverfahrens bedürfte.

Angesichts dieser Lage ist eine Analogie zu § 33 Abs. 1 GmbHG in diesem Fall nicht gerechtfertigt; denn der rückständige Einzahlungsanspruch geht nicht unter; die veräußernden Kommanditisten haften unbeschränkt weiter für die restliche Einzahlung. Die Stellung der GmbH wird daher sogar noch verbessert, da sie nicht wie vor dem Erwerb durch die GmbH & Co. darauf beschränkt ist, jeden einzelnen Kommanditisten für den auf seinen Geschäftsanteil entfallenden Betrag der Einlageforderung in Anspruch zu nehmen. Sie kann nun daneben auch ohne Einleitung eines Kaduzierungsverfahrens Befriedigung aus dem Vermögen der GmbH & Co. verlangen.

Anders ist es aber, wenn bei der Anteilsübertragung die ausstehenden Einlagen noch nicht rückständig waren. Eine Haftung nach § 16 Abs. 3 GmbHG findet dann nicht statt. Die GmbH und ihre Gläubiger können dann zunächst nur die GmbH & Co. in Anspruch nehmen, wobei sich die Kommanditisten auf ihre beschränkte Haftung berufen können; § 171 HGB.

Die Gesellschaft hat dann allerdings die Möglichkeit, bei weiterer Nichtzahlung die Geschäftsanteile zu kaduzieren und die Kommanditisten als Vorbesitzer gem. § 22 GmbHG persönlich in Anspruch zu nehmen.

Die Rückgriffsmöglichkeit nach Kaduzierung ist aber nicht als ausreichende Sicherung der vollständigen Aufbringung des Stammkapitals anzusehen. Denn einmal ist es schon bedenklich, daß der GmbH die Durch-

---

163) Brodmann, § 16, Anm. 5; Schilling in Hachenburg, § 16, Anm. 23 a.E.; Scholz, § 16, Anm. 23; RGZ 93/329.

setzung des Anspruches auf vollständige Einzahlung u.U. erst nach Kaduzierung möglich ist, während sie sonst unmittelbar einen Anspruch hat. Vor allem ergibt sich aber vom Standpunkt der Gläubiger aus, daß diese Möglichkeit unzureichend ist; denn die GmbH ist keineswegs gezwungen, bei Nichtzahlung die Anteile zu kaduzieren[164]. Auch steht den Gesellschaftsgläubigern das Recht nicht zu, sich im Wege der Zwangsvollstrekkung zur Durchführung des Kaduzierungsverfahrens ermächtigen zu lassen[165]. Das Interesse der Gläubiger ist aber bei der Frage, ob die Aufbringung des Stammkapitals genügend gesichert ist, in erster Linie zu beachten. Die Gesellschaft muß immer die Gesellschafter für die rückständige Einlage unbeschränkt in Anspruch nehmen können, damit die Gläubiger der GmbH diese Ansprüche pfänden und sich überweisen lassen können.

Wenn die GmbH & Co. Geschäftsanteile erwirbt, auf die die Stammeinlagen noch nicht vollständig geleistet sind und auch bei Anmeldung des Erwerbes nicht rückständig waren, können die Gläubiger der GmbH sich nur an das Gesellschaftsvermögen der GmbH & Co. halten. Einen Rückgriff auf die Kommanditisten als Veräußerer können sie nicht erzwingen. In diesem Fall muß der GmbH & Co. KG daher in Analogie zu § 33 Abs. 1 GmbHG verboten sein, GmbH-Anteile zu erwerben.[166]

Die GmbH & Co. KG kann also alle oder einige Geschäftsanteile der GmbH auch dann erwerben, wenn die

---

164) Schmidt in Hachenburg, § 21, Anm. 18; Scholz, § 21, Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 21, Anm. 1.

165) Schmidt in Hachenburg, § 21, Anm. 19; Scholz, aaO.; Baumbach-Hueck, aaO. und Anm. 2; RGZ 86/419.

166) A.A.: Drechsler, Diss., S. 143, der offenbar meint, die Gläubiger könnten die Rückgriffsansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden und sich überweisen lassen.

Einlage zwar noch nicht ganz geleistet worden ist, aber im Zeitpunkt der Anmeldung des Erwerbes schon rückständig war. § 33 Abs. 1 GmbHG steht dem nicht entgegen. Denn bei dem Erwerb von Anteilen, auf die die Einlage bereits rückständig ist, tritt die Beschränkung der Haftung für den Einzahlungsanspruch auf das Vermögen der GmbH & Co. nicht ein; § 16 Abs. 3 GmbHG.

Soweit die Einlageverpflichtung bei dem Erwerb noch nicht rückständig war, ist der GmbH & Co. der Erwerb in Analogie zu § 33 Abs. 1 GmbHG verboten. Ein dem Verbot zuwider erfolgter Erwerb ist nach § 134 BGB schuldrechtlich und dinglich nichtig.

2.) Der Schutz des vollständig geleisteten Stammkapitals vor Rückzahlung an die Gesellschafter

Gonella[167] und Mertens[168] haben neuerdings dargelegt, daß der Schutz des Stammkapitals der GmbH bei der GmbH & Co. KG, die Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer Komplementärin wird, dann nicht gewährleistet ist, wenn die GmbH an der sie tragenden KG mit einer Kapitaleinlage beteiligt ist, die aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen stammt. Es bestehe dann die Gefahr, daß Zahlungen der KG an die Kommanditisten wirtschaftlich auf Kosten des GmbH-Stammvermögens erfolgten und damit einer Umgehung der Rückzahlungsverbote des GmbH-Gesetzes; §§ 30, 33 Abs. 2 GmbHG.

Gonella und Mertens[169] folgern aus dieser Überlegung, daß gegen die Übernahme sämtlicher Geschäfts-

---

167) DB 1965, 1165 (1165).
168) NJW 66, 1049 ff. (1054).
169) Gonella und Mertens aaO.

anteile der GmbH Komplementärin durch die KG starke Bedenken bestehen, wenn sich die GmbH mit einer Einlage an der KG beteiligt.

Der Gesetzgeber hat das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der GmbH insbesondere durch die Vorschriften der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG vor Rückzahlungen an die Gesellschafter zu schützen gesucht. Ein Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG macht in der Regel das zugrundeliegende Rechtsgeschäft gemäß §§ 134, 138 BGB nichtig,[170] begründet den Erstattungsanspruch des § 31 GmbHG und macht die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG schadensersatzpflichtig.

Ein Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 33 Abs. 2 GmbHG berührt nicht die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Geschäftes sondern führt lediglich bei Verschulden der Geschäftsführer deren Schadensersatzpflicht gemäß § 43 Abs. 3 GmbHG herbei[171].

§ 33 Abs. 2 GmbHG ist damit eine priviligierende Spezialvorschrift zu § 30 Abs. 1 GmbHG[172]. Der Grund dafür, daß in § 33 Abs. 2 GmbHG der Erwerb eigener Anteile auch auf Kosten des Stammvermögens zugelassen ist, liegt darin, daß die Gesellschaft in den eigenen Geschäftsanteilen nach der Auffassung des Gesetzgebers einen gewissen Gegenwert erhält[172].

Grundsätzlich geht § 33 Abs. 2 GmbHG als Spe-

---

170) Palandt, § 134, Anm. 2 a; vgl. ausführlich Schmidt in Hachenburg, § 30 Anm. 1 c.

171) Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 9; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 3 A; Vogel, § 33, Anm. 6; Scholz, § 33, Anm. 6; Feine, aaO., S. 415; RGZ 71/403.

172) Scholz, § 33, Anm. 6; Vogel, § 33, Anm. 6; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 3 A; Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 10; Feine, aaO., S. 415; RGZ 71/403.

zialgesetz der Anwendung des § 30 Abs. 1 GmbHG vor[173]. Erwirbt jedoch eine GmbH eigene Anteile auf Kosten des Stammvermögens unter Zahlung eines Preises, der über dem Wert der Geschäftsanteile hinausgeht (Überpreis), so ist nicht § 33 Abs. 2 GmbHG, sondern unmittelbar § 30 Abs. 1 GmbHG anzuwenden. Denn der Grund für die Privilegierung ist dann wenigstens insoweit weggefallen, als der gezahlte Erwerbspreis den wirklichen Wert der Anteile übersteigt[174].

Daher ist davon auszugehen, daß eine Umgehung des Rückzahlungsverbotes nicht nur im Hinblick auf den Erwerb von GmbH-Anteilen durch die KG untersucht werden muß. Hier könnte in erster Linie eine Umgehung des privilegierenden § 33 Abs. 2 GmbHG in Betracht kommen. Weit schwerer wiegt aber eine Umgehung des § 30 Abs. 1 GmbHG, die unabhängig von der Mitinhaberschaft an eigenen Anteilen auch bei einer normalen GmbH & Co. KG denkbar ist, und zwar nicht nur dann, wie Mertens und Gonella meinen[175], wenn sich die GmbH auf Kosten des Stammvermögens mit einer Kapitaleinlage an der KG beteiligt hat.

Für die Frage, ob eine Leistung auf Kosten des Stammvermögens der GmbH erfolgt, ist auf die GmbH-Bilanz im Augenblick der Leistung abzustellen. In der Bilanz einer GmbH, die persönlich haftende Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG ist, erscheint die Beteiligung an der GmbH & Co. KG unter den Aktiven als ein

---

173) Scholz, § 33 Anm. 6; Vogel, § 33, Anm. 6; Baumbach-Hueck, § 33, Anm. 3 A; Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 10; Feine, aaO., S. 415; RGZ 71/403.

174) Schmidt in Hachenburg, aaO.; Baumbach-Hueck, aaO.; Feine, aaO.; Seydel, DB 1954, S. 1093 ff. (1093); wohl auch RG in JW 1928, S. 1563.

175) Mertens, aaO. S. 1054; Gonella, aaO., S. 1165.

Posten des Anlagevermögens[176]. Sind keine anderen Aktivposten vorhanden oder werden sie durch Verbindlichkeiten und Rückstellungen auf der Passivseite ausgeglichen, dann ist die Beteiligung an der GmbH & Co. KG zur Deckung des auf der Passivseite bilanzierten Stammkapitals erforderlich. Damit ist die Beteiligung an der GmbH & Co. KG einziges Stammvermögen der GmbH[177].

Wird der Beteiligungsposten durch Zahlungen der KG in seinem Wert gemindert, so muß eine Unterbilanz entstehen. Solche Zahlungen erfolgen dann wirtschaftlich auf Kosten des Stammvermögens der GmbH. In ihnen liegt eine Umgehung des § 30 Abs. 1 GmbHG, wenn Empfänger der Zahlungen die Kommanditisten sind und diese keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung in das KG-Vermögen erbringen.

Die dargestellte Bilanzsituation der GmbH kann aus verschiedenen Gründen entstehen. Sei es, daß die GmbH ihr gesamtes Stammkapital als Einlage in die GmbH & Co. KG eingebracht hat[178], sei es, daß aus anderen Betätigungen der GmbH Kapitalverluste eingetreten sind, was eine kapitalmäßige Beteiligung der GmbH an der KG nicht voraussetzt. Es kann auch sein, daß die GmbH durch Verluste der KG gezwungen wird, Rückstellungen zur Abdeckung des Risikos zu machen, das in ihrer Inanspruchnahme durch Gläubiger der KG gemäß §§ 161, Abs. 2, 128 HGB besteht. Wird dann das KG-Vermögen

---

176) Hesselmann, Handbuch, S. 116 f.; Fetsch, aaO., S. 24 m.w.Nachw.; Flechtheim, JW 1922, 227; Fleck, aaO., S. 65 f.; a.A. Brodmann, JW 1922, 1656, der die Aktiven und Passiven der KG anteilig in die GmbH-Bilanz aufnehmen will.

177) Zum Begriff des "zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens" (Stammvermögen) vgl. Scholz, GmbHG, § 30 Anm. 2 u. 3.

178) Wie in dem von Gonella, aaO., S. 1165 gebildeten Beispiel.

durch Zahlungen an die Kommanditisten weiter vermindert, dann kann die dadurch notwendig werdende Erhöhung dieser Rückstellungen ebenfalls zu einer Unterbilanz der GmbH führen.

Die oben dargestellte Meinung von Mertens und Gonella bedarf daher einer Ergänzung in zwei Punkten. Die Gefahr einer Umgehung der Rückzahlungsverbote der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG besteht nicht nur mit dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. KG, sondern darüberhinaus bei jeder GmbH & Co. KG. Sie besteht ferner nicht nur dann, wenn sich die GmbH auf Kosten ihres Stammvermögens an der KG beteiligt, sondern immer, sobald die Beteiligung an der KG in der GmbH-Bilanz zur Deckung des Stammkapitals erforderlich ist. Diese Lage braucht nicht dadurch zu entstehen, daß die GmbH ihr Stammkapital gegen Einräumung der Beteiligung in die GmbH & Co. einbringt.

Es ist bei der GmbH & Co. KG somit nicht immer auszuschließen, daß durch eine Entwertung des KG-Vermögens bei der GmbH eine Unterbilanz entsteht. Da das KG-Vermögen nicht im Interesse der GmbH-Gläubiger vor Kapitalauszahlungen an die Gesellschafter geschützt ist[179], müssen sich aus dieser Lage Möglichkeiten ergeben, die Rückzahlungsverbote des GmbH-Gesetzes durch Zahlungen der KG an die Kommanditisten, die auch GmbH-Gesellschafter sind, zu umgehen.

In der älteren Literatur zur Grundtypenvermischung ist deswegen gelegentlich die Frage erörtert, ob nicht die GmbH & Co. KG auch wegen der mit ihr verbundenen Gefahren einer verschleierten Auszahlung des Stammvermögens an die Gesellschafter unzulässig sei,

---

179) Über die Haftungsfolgen bei der KG zugunsten der Gläubiger vgl. S. 100 ff.

oder ob nicht die §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 3 GmbHG auf derartige Fälle analog anzuwenden seien[180].

Nachdem die Zulässigkeit der GmbH & Co. KG jedenfalls in der Praxis allgemein anerkannt worden ist[181], kann insoweit nur noch die Frage erörtert werden, ob die zitierten Bestimmungen auf gewisse Tatbestände analog anzuwenden sind.

Angesichts der dargestellten Umgehungsmöglichkeiten ist eine analoge Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG zu bejahen, soweit durch eine Leistung der KG an die GmbH-Gesellschafter eine Unterbilanz bei der GmbH entstehen würde[182]. Dann nämlich erfolgt diese Leistung wirtschaftlich auf Kosten des GmbH-Stammvermögens. Insoweit haben somit die GmbH-Geschäftsführer die Rückzahlungsverbote des GmbH-Gesetzes auch bei Leistungen der KG zu beachten.

Für die Unzulässigkeit der hier untersuchten Spezialform der GmbH & Co. KG kann damit aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Stammvermögens nur dann ein Argument hergeleitet werden, wenn mit dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG besondere Umgehungsmöglichkeiten eröffnet würden, die nicht durch eine analoge Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG auszuräumen sind.

Bei einem Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG muß § 33 Abs. 2 GmbHG analog angewandt werden. Wird für die Anteile von der KG auf Kosten des GmbH-Stammvermögens ein Überpreis gezahlt, so ist § 30 Abs. 1 GmbHG analog anzuwenden. Die analoge Anwendung der

---

180) Stolz, aaO., S. 46 ff.; Derichs, Diss., S. 29 f.; Nußbaum, Diss., S. 65.

181) Ständige Rechtsprechung seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 7. 1922 = RGZ 105, 101 ff.

182) Ebenfalls für eine analoge Anwendung neuerdings Fetsch, aaO., S. 21 f.

§§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG reicht also aus, um den Vorgang des Anteilserwerbes zu erfassen.

Nach dem Erwerb sämtlicher GmbH-Anteile durch die KG ist lediglich eine Umgehung des § 30 Abs. 1 GmbHG durch Zahlung der GmbH an die Kommanditisten denkbar. Diese sind dann formell nicht mehr GmbH-Gesellschafter, da einzige Gesellschafterin die GmbH & Co. selbst ist. Trotzdem müssen sie im Sinne des § 30 GmbHG als Gesellschafter angesehen werden. Denn über die von ihnen beherrschte KG und besonders im Hinblick auf die ihnen nach dem KG-Vertrag übertragene Geschäftsführungsbefugnis, können sie Zahlungen an sich, denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht, ebenso wie GmbH-Gesellschafter durchsetzen. Der Bundesgerichtshof[183)] hat sogar den Auftraggeber eines Strohmannes als Gesellschafter im Sinne des § 30 GmbHG angesehen. Umsomehr sind daher die Kommanditisten in dieser Beziehung wie GmbH-Gesellschafter zu behandeln, zumal nicht einmal eine voll selbständige Rechtsperson zwischengeschaltet wurde, sondern nur eine Personengesellschaft.

Auch nach dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG ist daher § 30 GmbHG ebenso wie bei einer einfachen GmbH & Co. analog anwendbar. Damit lassen sich die Gefahren einer Rückzahlung des Stammvermögens auch in diesem Spezialfall der GmbH & Co. KG durch die analoge Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG auf das bei einer GmbH normale Maß vermindern.

---

183) BGHZ 31, 258.

IV. Ergebnis des zweiten Hauptteils

Der Erwerb sämtlicher Anteile der Komplementär GmbH durch die GmbH & Co. KG ist rechtlich zulässig.

Die GmbH-Geschäftsführung darf jedoch auf die Ausübung des Stimmrechtes aus den erworbenen Anteilen keinen unkontrollierbaren Einfluß haben. Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. KG ist daher nur dann ein geeignetes Mittel zur Bildung einer einheitlichen Beteiligung an dem von der GmbH & Co. betriebenen Unternehmen, wenn der KG-Vertrag sicherstellt, daß das Stimmrecht aus den Anteilen nicht von der GmbH ausgeübt wird. Das ist möglich durch Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis und Erteilung von Vertretungsmacht für diesen Bereich an die Kommanditisten.

Auch vom Standpunkt des Gläubigerschutzes bestehen gegen den Erwerb aller GmbH-Anteile durch die KG keine Bedenken. Die vollständige Aufbringung des Stammkapitals und dessen Schutz vor Rückzahlungen an die Gesellschafter wird durch analoge Anwendung der §§ 30 Abs. 1, 33 GmbHG auf bestimmte Umgehungstatbestände gesichert.

Unzulässig ist daher der Erwerb von GmbH-Anteilen durch die GmbH & Co. auf die die Stammeinlage noch nicht vollständig geleistet ist, wenn diese zur Zeit des Erwerbes noch nicht rückständig war; § 33 Abs. 1 GmbHG analog.

Die Geschäftsführer der GmbH haben bei dem Erwerb der Anteile durch die KG und bei allen Rechtsgeschäften zwischen der KG und den Kommanditisten die Verbote der §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG im Hinblick darauf zu beachten, ob die Leistungen nicht wirtschaftlich auf Kosten des Stammvermögens der GmbH erfolgen. In diesem Fall sind die §§ 30 Abs. 1, 33 Abs. 2 GmbHG entsprechend anzuwenden.

Dritter Hauptteil:

Die Haftung der Kommanditisten einer GmbH & Co. KG, die sämtliche Anteile ihrer Komplementär-GmbH erworben hat

I. Die Schuldenhaftung bei der normalen GmbH & Co. KG

Vor dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. gelten für die Schuldenhaftung der Kommanditisten keine Besonderheiten gegenüber einer normalen Kommanditgesellschaft.

Für die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. haften daher die Gesellschafter den Gläubigern unmittelbar persönlich und gesamtschuldnerisch; §§ 161 Abs. 2, 128 HGB. Die Verbindlichkeiten der GmbH & Co. sind gleichzeitig Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter. Es handelt sich dabei um ein und dieselbe Schuld mit doppeltem Haftungsobjekt, nämlich dem für die Zwecke des Unternehmens gebundenen Gesellschaftsvermögen und dem Privatvermögen der Gesellschafter[184].

Die GmbH haftet als Komplementärin unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen. Die Haftung der Kommanditisten ist auf die durch Eintragung in das Handelsregister kenntlich gemachte Haftsumme beschränkt. Soweit diese Einlage an das Gesellschaftsvermögen geleistet ist, haften sie nicht mehr mit ihrem Privatvermögen; §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 HGB.

Nach Leistung der Hafteinlagen durch die Kommanditisten haftet den Gläubigern damit nur noch das Vermögen der GmbH & Co. Weder als Kommanditisten noch

---

184) Weipert in RGRHGB, § 171, Anm. 3; Düringer-Hachenburg, § 128, Anm. 5.

als GmbH-Gesellschafter haften die Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen.

Das gilt auch für solche Gesellschafter, die gleichzeitig zu Geschäftsführern der GmbH bestellt sind. Eine unbeschränkte Haftung der GmbH-Geschäftsführer könnte dann angenommen werden, wenn den Kommanditisten unter Umgehung des § 170 HGB mit ihrer Bestellung zu GmbH-Geschäftsführern eine originäre Vertretungsbefugnis hinsichtlich der KG eingeräumt worden wäre[185]. Das ist jedoch nicht der Fall. Die GmbH-Geschäftsführer sind organschaftliche Vertreter der GmbH und nicht der KG. Geborener Vertreter der KG ist allein die GmbH, als deren persönlich haftender Gesellschafter.

Man könnte insoweit höchstens von einer "mittelbaren Organschaft" sprechen, die aber nicht mit der unmittelbaren Organschaft gleichgestellt werden darf. Denn die GmbH-Geschäftsführer stehen in gar keiner Rechtsbeziehung zu der KG[186]. Sie leiten ihre Vertretungsbefugnisse für die KG nicht von der KG, sondern allein von der GmbH ab. Sie sind deswegen nicht originäre Vertreter der KG und können damit auch hinsichtlich ihrer Haftung nicht wie originäre Vertreter behandelt werden.

Eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten, die zugleich GmbH-Geschäftsführer sind, kann auch nicht vom Standpunkt der Lehre von der unbeschränkten Haftung der geschäftsführenden Kommanditisten begrün-

---

185) Schlegelberger-Geßler, § 170, Rdnr. 4; Haupt-Reinhardt, § 21 II.

186) Hesselmann, Handbuch, S. 101 ff.; a.A. Cahn, S. 22 ff, der in dem Anstellungsvertrag bei der GmbH einen Vertrag zugunsten und zu Lasten der KG sieht.

det werden. Diese Lehre will teils schon für das geltende Recht, teils de lege ferenda die Kommanditisten haftungsrechtlich dann dem Komplementär gleichstellen, wenn sie anstelle des Komplementär Träger der Geschäftsführung sind und damit in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten maßgebenden Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft gewinnen[187].

Haupt[188] und Julius v. Gierke[189] wollen diese Lehre auch auf die GmbH & Co. im engeren Sinne anwenden. Dem kann jedoch bei der GmbH & Co., die nicht Inhaberin der Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Komplementärin ist, nicht gefolgt werden. Denn die Geschäftsführung wird hier zwar auch von den Kommanditisten ausgeübt, aber eben nicht in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten, sondern als Geschäftsführer der GmbH. Eine haftungsbeschränkte Herrschaft liegt daher nicht vor, da die Geschäftsführung in der Hand der unbeschränkt haftenden GmbH liegt, von der die zu GmbH-Geschäftsführern bestellten Kommanditisten ihre Befugnisse ableiten.

Es erscheint daher - jedenfalls aus den Erwägungen der Lehre von der unbeschränkten Haftung der geschäftsführenden Kommanditisten - nicht gerechtfertigt, eine unbeschränkte Haftung der GmbH-Geschäftsführer bei der normalen GmbH & Co. anzunehmen[190].

---

187) Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 233; derselbe in Festschrift für Heymann, S. 737; derselbe in LZ 1933, Sp. 144 ff.; Würdinger, Soziale Praxis, 1938, Sp. 195 ff.; Friedrich, Soziale Praxis, 1938, Sp. 1153 ff; Boesebeck, Soziale Praxis, 1938, Sp. 715; Haupt, Gesellschaftsrecht, S. 79; Boesebeck, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, S. 66 ff.

188) Haupt, Gesellschaftsrecht S. 44 u. 80.

189) J. v. Gierke, Handels- und Schiffahrtsrecht, S. 229.

190) Hesselmann, Handbuch, S. 129 f.; Thomae, Die Steuerberatung 1964, 274 f.

II. Besonderheiten hinsichtlich der Schuldenhaftung, wenn sämtliche Anteile der Komplementär-GmbH der GmbH & Co. gehören

Mit dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG wird eine besondere Gestaltung des KG-Vertrages notwendig, bei der den Kommanditisten für einen Teilbereich Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden. Diese Vertragsgestaltung kann haftungsrechtlich in zweierlei Hinsicht bedeutsam sein. Einmal ist auch hier zu fragen, ob nicht die Kommanditisten durch die auf Grund des Gesellschaftsvertrages eingeräumte Vertretungsbefugnis wie organschaftliche Vertreter der KG zu behandeln sind. Außerdem ist zu prüfen, ob sie durch die ihnen übertragenen Geschäftsführungsbefugnisse nicht als Kommanditisten in Wahrheit den Einfluß eines Komplementärs auf die Geschäftsführung haben, und ob sie nicht aus diesem Grunde wie ein Komplementär für die Verbindlichkeiten unbeschränkt haften müssen.

Die den Kommanditisten zur Ausübung des Stimmrechtes aus den GmbH-Anteilen eingeräumte Vertretungsmacht ist nicht originäre Vertretungsmacht, sondern eine rechtsgeschäftlich von der GmbH erteilte Vollmacht[191]. Da diese Bevollmächtigung bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist und auch nur mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung der Kommanditisten erteilt wird, sind auf sie die §§ 117, 127 HGB analog anzuwenden. Das hat zur Folge, daß die Vollmacht zwar jederzeit widerrufen werden kann, jedoch ebenso wie bei einem persönlich haftenden Gesellschafter im Innenverhältnis nicht widerrufen werden

---

191) Vgl. oben S. 67

darf[192].

Aus diesem Grunde hat Staab[193] die Meinung vertreten, bevollmächtigte Kommanditisten, deren Bevollmächtigung schon im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sei, müßten haftungsrechtlich wie persönlich haftende Gesellschafter behandelt werden, da sie im wesentlichen die gleiche Stellung wie Organe hätten.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Kommanditisten haben lediglich eine von der GmbH abgeleitete Vertretungsmacht, die mit Wirkung nach außen jederzeit widerruflich ist und nur im Innenverhältnis nicht widerrufen werden darf[194]. Zu einer haftungsrechtlichen Gleichstellung mit den geborenen Gesellschaftsorganen besteht daher kein Anlaß, zumal sich im Falle der GmbH = KG die den Kommanditisten erteilte Vollmacht nur auf einen eng umgrenzten Geschäftsbereich erstreckt[195].

Eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten kann sich daher nur im Hinblick auf die ihnen übertragene Geschäftsführungsbefugnis ergeben. Durch die Befugnis, das Stimmrecht aus sämtlichen Anteilen der Komplementär-GmbH auszuüben, können die Kommanditisten den GmbH-Vertrag beliebig gestalten. Damit haben sie die Möglichkeit, die Rechte der Gesellschafterversammlung auf Kosten der Selbständigkeit der Geschäftsführung nahezu beliebig auszudehnen. Insbesondere können sie die Geschäftsführer in allen Angelegenheiten den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterwerfen. Machen die Kommanditisten von dieser Möglichkeit Ge-

---

192) BGH 17, 392; Baumbach-Duden, § 170 B.

193) Staab, BB 1959, 435 f. (436).

194) BGHZ 17, 392; Baumbach-Duden, § 170 B.

195) Im Ergebnis ebenso Niethammer, BB 1959, 725 f. (726); Weipert, § 164, Anm. 15.

brauch, dann kann es dahin kommen, daß die Maßnahmen der GmbH in jedem beliebigen Punkt von dem Kommanditisten bestimmt werden.

In diesem Fall bleibt zwar die GmbH nach außen allein Komplementärin der KG. Im Innenverhältnis ist sie jedoch in jeder Weise an die Weisungen der Kommanditisten gebunden, so daß sie in Wahrheit nicht mehr die Gesellschafterin ist, die die Geschäftsführung bestimmt. In Wahrheit sind damit die Kommanditisten Träger der Geschäftsführung geworden.

Nach der Lehre von der unbeschränkten Haftung der geschäftsführenden Kommanditisten müßten diese daher unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Es besteht nämlich hier ein wesentlicher Unterschied zu der Lage, die gegeben ist, wenn nicht die GmbH & Co., sondern die Kommanditisten Inhaber sämtlicher GmbH-Geschäftsanteile sind. Zwar können die Kommanditisten auch dort kraft ihres Stimmrechtes die GmbH-Geschäftsführer von ihren Weisungen abhängig machen; jedoch nicht kraft ihrer Stellung als Kommanditisten, sondern als Gesellschafter der GmbH. Auch vom Standpunkt der Lehre von der unbeschränkten Haftung der geschäftsführenden Kommanditisten konnte die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten daher dort abgelehnt werden. Hier üben die Kommanditisten das Stimmrecht dagegen in ihrer Eigenschaft als Kommanditisten und in Vertretung der GmbH & Co. KG aus. Deswegen wäre hier eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten nach der Lehre von der unbeschränkten Haftung der geschäftsführenden Kommanditisten zu bejahen.

Dieser Lehre kann jedoch, trotz der beachtlichen Argumente, die dafür sprechen, vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus nicht gefolgt werden. Den Befürwortern einer unbeschränkten Haftung in diesen

Fällen[196] ist zunächst vor allem zuzugeben, daß der Gesetzgeber bei der unterschiedlichen Ausgestaltung der Haftung in der Kommanditgesellschaft davon ausgegangen ist, daß der - unbeschränkt haftende - Komplementär der eigentliche und voll verantwortliche Leiter der Gesellschaft ist, wogegen die beschränkte Haftung des Kommanditisten sich durch seinen Ausschluß von der laufenden Geschäftsführung rechtfertigt. Eine "haftungsbeschränkte Herrschaft"[197] hat sich der Gesetzgeber in der KG nicht vorgestellt.

Andererseits läßt sich nicht verkennen, daß auch der Gesetzgeber den grundlegenden Unterschied zwischen oHG und KG darin gesehen hat, daß bei einigen Gesellschaftern die Haftung beschränkt ist. Das allein ist dem Begriff der KG wesentlich, wie die Legaldefinition des § 161 Abs. 1 HGB zeigt. Der Ausschluß des Kommanditisten von der Geschäftsführung (§ 164 HGB) gehört dagegen nicht zum Begriff der KG. Der Gesetzgeber läßt vielmehr in § 163 HGB für die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnisse in erster Linie den Gesellschaftsvertrag maßgeblich sein. Damit hat der Gesetzgeber eine von der gesetzlichen Normalregelung abweichende Geschäftsführungsbefugnis der Kommanditisten ermöglicht. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung haben daher vom Standpunkt des geltenden Rechtes aus die unbeschränkte Haftung des geschäftsführenden Kommanditisten abgelehnt und nur in Mißbrauchsfällen bejaht[198]. Dem soll hier gefolgt werden.

---

196) Vgl. oben S. 92 Fußnote 187).

197) Müller-Erzbach, Festschrift für Heymann, S. 737.

198) Schlegelberger-Geßler, § 164, Anm. 14; Düringer-Hachenburg, § 164, Anm. 6; Weipert, § 164, Anm. 15; RGZ 129, 50.

Von diesem Standpunkt aus muß daher eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten auch bei der GmbH & Co. KG verneint werden, die Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin geworden ist. Das hat grundsätzlich auch dann zu gelten, wenn der GmbH-Vertrag der Gesellschafterversammlung weitgehende Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung einräumen sollte.

III. Die Haftung der Kommanditisten bei besonderen Tatbeständen

1.) Der Ausschluß der persönlichen Haftung gem. § 171 HGB, wenn die Einlage der Kommanditisten lediglich in den GmbH-Anteilen besteht

Nach § 171 Abs. 1 HGB wird die Haftung der Kommanditisten mit dem Privatvermögen nur ausgeschlossen, soweit eine Einlage geleistet ist, deren Wert der stets in Geld ausgedrückten[199] Haftsumme entspricht. Bei Geldeinlagen läßt sich immer leicht feststellen, ob diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Gesellschafter können aber auch vereinbaren, daß der Kommanditist eine Sacheinlage einbringt. Dann tritt der Haftungsausschluß nur ein, wenn die Sacheinlage effektiv der Gesellschaft einen Vermögenswert zuführt, der in Geld ausgedrückt die übernommene Haftsumme erreicht[200]. Die Gläubiger brauchen dabei die durch die Gesellschafter einseitig erfolgte Schätzung nicht gegen sich gelten zu lassen[201]. Im Streitfalle entscheidet

---

199) Schlegelberger-Geßler, § 161, Anm. 9.

200) Düringer-Hachenburg, § 171, Anm. 5.

201) Weipert, RGRHGB, § 171, Anm. 16; Staub-Pinner, § 171, Anm. 4; Ritter, § 171 HGB, Anm. 4.

das Gericht über den tatsächlichen Wert der eingebrachten Sacheinlage.

Da die Sacheinlagen aus jeder vermögenswerten Leistung bestehen können, ist es denkbar, daß sich die Kommanditisten zur Einbringung von Geschäftsanteilen einer GmbH verpflichten. Für die GmbH & Co. KG ergibt sich daraus die Frage, welche Folgen es für die Haftung hat, wenn die Kommanditisten ausschließlich oder überwiegend nur die Anteile an der Komplementär-GmbH einbringen[202].

Nach den oben erörterten Grundsätzen für die Beschränkung der Haftung durch Leistung einer Sacheinlage wird die Haftung bei Einbringung der GmbH-Anteile nur dann beschränkt, wenn die Anteile effektiv den Wert der von den Kommanditisten übernommenen Haftsumme erreichen. Ist das nicht der Fall, dann haften die Kommanditisten auch weiterhin persönlich in Höhe der Differenz zwischen dem tatsächlichen Wert der Anteile und der übernommenen Haftsumme. Haben die Anteile effektiv gar keinen Wert, dann bleibt die persönliche Haftung voll in Höhe der Haftsumme bestehen.

Bei der Frage nach dem Wert der GmbH-Anteile geht man am besten zunächst von dem häufigsten Fall aus, daß die GmbH als einzigen Aktivposten lediglich ihre Beteiligung an der GmbH & Co. bilanziert. Auf der Passivseite der GmbH-Bilanz wird dann nur das Stammkapital der GmbH ausgewiesen. In diesem Fall entspricht der Wert der GmbH-Anteile zusammen dem Wert der Beteiligung der GmbH an der GmbH & Co. Die Geschäftsanteile sind dann genau soviel Wert wie die Aktiven der GmbH.

---

202) Über einen solchen Fall aus der Praxis vgl. Fetsch, aaO., S. 21 ff.; Hinweis darauf auch bei Schilling, JR 1964, S. 252 f.

Daraus könnte man auf den ersten Blick schliessen, daß der GmbH & Co. durch die Einbringung der Geschäftsanteile kein neuer Vermögenswert zugeführt wird. Denn die Aktiven der GmbH befinden sich ja sowieso schon voll im Besitz der KG. Da die Geschäftsanteile nur das repräsentieren, was die GmbH & Co. durch die Einlage der GmbH schon hat, ändert sich der Vermögensstand der GmbH & Co. nicht durch den Erwerb der GmbH-Anteile.

Dabei wird jedoch übersehen, daß nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich die GmbH-Anteile scharf von der Summe der Aktiven der GmbH getrennt sein müssen. Insofern ist es falsch, davon zu sprechen, daß die Geschäftsanteile die Aktiven der GmbH repräsentieren unter der Voraussetzung, daß die Gesellschaft außer dem Stammkapital keine Passiven hat. Es handelt sich bei den Geschäftsanteilen vielmehr um selbständige Vermögenswerte. Ihre einzige Beziehung zu den Aktiven der GmbH bzw. der GmbH & Co. KG besteht darin, daß ihr Wert bestimmt wird von der Höhe des Gesellschaftsvermögens.

Der Gesetzgeber hat daher die GmbH-Geschäftsanteile selbst dann als einen echten wirtschaftlichen Wert angesehen, wenn die GmbH eigene Anteile erwirbt. Das zeigt sich darin, daß er in § 33 Abs. 2 GmbHG den Erwerb von eigenen Anteilen mit Mitteln aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen gegenüber dem strikten Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG privilegiert hat. Der Grund dafür kann nur sein, daß der Gesetzgeber in den auf diese Weise erworbenen Anteilen wenigstens einen gewissen Gegenwert für die Auszahlung des Deckungsvermögens erblickt hat[203]. Erst recht muß das dann gelten, wenn eine GmbH & Co.

---

203) Schmidt in Hachenburg, § 33, Anm. 10.

Geschäftsanteile ihrer Komplementärin erwirbt.

Daß die GmbH-Geschäftsanteile im Vermögen der GmbH & Co. einen Wert darstellen, zeigt sich auch daran, daß sie als Beteiligungsposten unter den Aktiven zu buchen sind. Die Anteile sind daher grundsätzlich geeignet, als Sacheinlage die persönliche Haftung der Kommanditisten gem. § 171 Abs. 1 HGB auszuschließen.

Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, wie hoch die Anteile im einzelnen Fall zu bewerten sind. Keineswegs kann als Wert der Anteile einfach deren Nennbetrag angenommen werden. Das gilt auch dann, wenn das gesamte Stammkapital der GmbH in die GmbH & Co. eingebracht ist. Als Wert ist vielmehr der objektive Veräußerungswert einzusetzen, der von dem gesamten Vermögensstand der GmbH und dadurch mittelbar der GmbH & Co. abhängt. Es gelten keine Besonderheiten gegenüber der Bewertung sonstiger Sacheinlagen.

Es ist daher leicht denkbar, daß der in Geld ausgedrückte Wert der GmbH-Anteile nicht die von den Kommanditisten übernommene Haftsumme erreicht. So z.B., wenn für jeden Kommanditisten als Haftsumme der Nennbetrag des einzubringenden Geschäftsanteils eingetragen ist und ein Teil des GmbH-Stammkapitals bereits verloren ist. In diesem Fall haften die Kommanditisten, obwohl sie ihre Einlage erbracht haben, weiter auch mit ihrem Privatvermögen. Ihre Haftung ist jedoch auf die Differenz zwischen der übernommenen Haftsumme und dem tatsächlichen Wert der eingebrachten GmbH-Anteile beschränkt. Falls die Bewertung der GmbH-Anteile in einem Haftungsprozeß geklärt werden muß, müssen die mit ihrem Privatvermögen in Anspruch genommenen Kommanditisten beweisen, daß sie ihre Haftung durch Leistung eines der Haftsumme entsprechenden GmbH-Anteils

als Sacheinlage wirksam auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt haben[204].

2.) Der Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. unter Zahlung eines Überpreises und die Rückzahlung der Einlage der Kommanditisten

Daß auf den Erwerb von GmbH-Anteilen durch die GmbH & Co. unter Zahlung eines Überpreises § 30 GmbHG dann analog anzuwenden ist, wenn die Zahlung wirtschaftlich auf Kosten des Stammvermögens der GmbH erfolgt, wurde bereits erörtert[205]. Die Kommanditisten haften der GmbH damit in diesen Fällen gem. § 31 GmbHG. Denkbar ist aber auch eine gleichzeitige Haftung der Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB gegenüber den Gläubigern der GmbH & Co. KG. Dabei kommt es dann nicht darauf an, ob die Zahlung des Überpreises wirtschaftlich auf Kosten des GmbH-Stammvermögens erfolgt ist.

Nach § 172 Abs. 4 HGB lebt die persönliche Haftung der Kommanditisten wieder auf, soweit ihnen ihre Einlage zurückgezahlt wird. Der Begriff der Rückgewährung ist dabei, dem Zweck des § 172 HGB entsprechend, außerordentlich weit zu fassen. Er umfaßt jede Verwendung von Gesellschaftsvermögen zugunsten der Kommanditisten, durch die der Gesellschaft Vermögenswerte entzogen werden[206]. Ausgenommen sind solche Zuwendungen an Kommanditisten, auf die diese als Gläubiger der

---

204) Schlegelberger-Geßler, § 171, Rdnr. 25; OLG Nürnberg in WM 1961, S. 124.

205) Vgl. oben S. 82 ff.

206) Baumbach-Duden, § 172, Anm. 2 B; Schlegelberger-Geßler, § 172, Rdnr. 16; OLG Düsseldorf, GmbHR 1959, S. 114.

Kommanditgesellschaft Anspruch haben. Zahlungen, von denen anzunehmen ist, daß sie an Dritte nicht oder nicht in dieser Höhe geleistet worden wären, müssen als Rückzahlung angesehen werden, auch wenn sich die Gesellschaft verpflichtet hat, die Zahlungen zu leisten. Es ist anzunehmen, daß diese Verpflichtung nur mit Rücksicht auf die Gesellschafterstellung des Empfängers übernommen worden ist. Ebenfalls keine Rückzahlung ist die Auszahlung eines effektiv erwirtschafteten Gewinnanteils soweit der Kapitalanteil nicht unter den Betrag der Haftsumme durch Verluste herabgemindert ist oder durch die Entnahme herabgemindert wird; § 172 Abs. 4 HGB.

Aus diesen Grundsätzen folgt, daß eine Einlage auch im Rahmen eines Kaufvertrages zwischen der Gesellschaft und dem Kommanditisten zurückgezahlt werden kann[207]. Eine zumindest teilweise Rückzahlung der Einlage kann zum Beispiel in der Zahlung eines Überpreises liegen, soweit dieser Preis an einen Dritten nicht gezahlt worden wäre. In einem solchen Fall steht der Kommanditist der Gesellschaft nicht als Dritter, sondern als Gesellschafter gegenüber, an den ein Teil der Einlage zurückgezahlt wird.

Wenn also die Kommanditisten die GmbH-Anteile zu einem Überpreis an die GmbH & Co. verkaufen, dann liegt darin eine Rückzahlung der Einlage in Höhe der Differenz zwischen dem wirklichen Wert der Anteile und dem tatsächlich für sie gezahlten Preis. In dieser Höhe lebt die Haftung der Kommanditisten mit ihrem Privatvermögen wieder auf; § 172 Abs. 4 HGB. Im Prozeß gegen den Kommanditisten muß hier allerdings der klagende

---

207) Über einen solchen Fall vgl. auch Schlegelberger-Geßler, § 172, Rdnr. 14, sowie OLG Düsseldorf, aaO.

Gläubiger beweisen, daß ein Teil der Einlage zurückgezahlt worden ist[208]. Er hat daher auch den u.U. schwierigen Beweis zu führen, daß der Wert der GmbH-Anteile dem für sie gezahlten Preis nicht entsprach.

IV. Ergebnis des dritten Hauptteils

Hinsichtlich der Haftungsverhältnisse ergeben sich aus dem Erwerb der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co. keine Besonderheiten gegenüber einer normalen KG oder normalen GmbH & Co.

Werden GmbH-Anteile als Einlage eingebracht, so wird dadurch die persönliche Haftung gem. § 171 HGB nur ausgeschlossen, soweit der wirtschaftliche Wert der Anteile der von den Kommanditisten übernommenen Haftsumme entspricht.

Bei Zahlung eines Überpreises für die Anteile lebt die persönliche Haftung der Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder auf.

Für die Gläubiger der GmbH & Co. ist es daher ohne Interesse, ob die GmbH-Anteile den Kommanditisten gehören oder auf die GmbH & Co. übertragen worden sind. Auch vom Standpunkt der Gläubiger der KG bestehen daher gegen den Anteilserwerb keine Bedenken.

---

208) Schlegelberger-Geßler, § 171, Rdnr. 25; Weipert, RGRHGB, § 171, Anm. 33; a.A. Wieland, Handelsrecht, I, S. 762.

Anhang

Die steuerrechtlichen Auswirkungen des Erwerbes der GmbH-Anteile durch die GmbH & Co.

I. Die GmbH-Anteile im Betriebsvermögen der KG

Solange die GmbH-Geschäftsanteile zivilrechtlich im Eigentum der einzelnen Kommanditisten stehen, gehören sie auch steuerlich grundsätzlich zum Privatvermögen der Kommanditisten. Das gilt auch dann, wenn bei einer GmbH & Co. die Beteiligungsverhältnisse an GmbH und KG im wesentlichen gleich sind[209]. Die Anteile sind daher in den zur einheitlichen und gesonderten Feststellung der Einkünfte vorzulegenden Betriebsvermögensvergleich (§§ 4, 5 ff. EStG) nicht einzubeziehen. Die Ausschüttungen der GmbH beeinflussen den Gewinn oder Verlust, der auf die Kommanditisten als Mitunternehmer entfällt, nicht. Die Gewinnbezüge aus den GmbH-Anteilen stellen sich für den Kommanditisten vielmehr als Einkommen aus Kapitalvermögen dar; § 2 Abs. 3 Ziff. 5 EStG, i.V.m. § 20 Abs. 1 Ziff. 1 EStG.

Anders ist es nur in den Fällen der Betriebsaufspaltung, wenn gleichzeitig Beteiligungsidentität an beiden Gesellschaften besteht. Die Tätigkeit der GmbH beschränkt sich dann nicht nur auf die Führung der Geschäfte der KG. Sie trägt vielmehr darüber hinaus noch zur Erzielung eines bestimmten Geschäftserfolges der Unternehmergemeinschaft bei. Dadurch wird die notwendige wirtschaftliche Beziehung zwischen GmbH und KG

---

209) Peters-Herrmann, Komm. z. EStG, (10. Aufl.) Bd. I, § 4 EStG, Anm. 7; Hesselmann, Handbuch (7. Aufl.), S. 146; Fetsch, aaO., S. 29 f.

hergestellt, die die Anteile an der GmbH zum notwendigen Betriebsvermögen der KG i.S. der §§ 4 ff., 15 Ziff. 2 EStG macht[210].

Mit dem Erwerb der Anteile durch die KG werden diese auch in den Fällen zum notwendigen Betriebsvermögen, in denen die einzige Funktion der GmbH in der Vertretung der KG besteht. Denn regelmäßig stellt alles, was bürgerlich-rechtlich zum Vermögen einer oHG/KG gehört, Betriebsvermögen i.S. des EStG dar[211]. Anders ist es nur bei Wirtschaftsgütern, deren außerbetriebliche Beziehung sich notwendig aus den Umständen ergibt. Dann liegt steuerlich - trotz des in der Übertragung zum Ausdruck kommenden entgegenstehenden Willens des Kaufmannes - Privatvermögen vor (sog. notwendiges Privatvermögen)[211].

Eine solche notwendige Beziehung zum privaten Rechtskreis der Gesellschafter weisen die GmbH-Geschäftsanteile allerdings nicht auf[211]. Der Erwerb macht die Anteile daher zum Betriebsvermögen mit der Folge, daß die Gesellschafter einer GmbH & Co., die Inhaber der Geschäftsanteile ihrer Komplementärin ist, aus der Gesellschaft nur noch Einkommen aus Gewerbebetrieb haben; § 2 Abs. 3 Ziff. 2 EStG i.V.m. § 15 Ziff. 2 EStG. Der von der GmbH ausgeschüttete Gewinn wird mit in den Betriebsvermögensvergleich zur Gewinnermittlung einbezogen; § 4 EStG. Er erhöht den bei der einheit-

---

210) So auch: Fetsch, aaO., S. 28; Krill, NWB F 17 a, 3; Peters-Herrmann, aaO., § 4 EStG, Anm. 7; GmbHR 1958, S. 197; Lange, NWB Fach 18, S. 347 ff. (351) und Bundesmin.d.Finanzen, Erlaß v. 2. 5. 1962, GmbHR 1962, S. 261; a.A. Hesselmann, aaO., S. 146, und GmbHR 1963, S. 39; Felix, DStR 1964, S. 340.

211) Fetsch, S. 25; Becker, Handkommentar, II, 2. Teil, S. 821.

lichen Gewinnfeststellung der KG ermittelten Gewinn, somit auch den Gewinnanteil der auf die Kommanditisten als Mitunternehmer entfällt.

Eine weitere Übertragung der Anteile an Dritte durch die Kommanditisten würde sich als Entnahme nach § 6 Abs. 1 Ziff. 4 EStG darstellen. Bei der Veräußerung des ganzen Betriebes der GmbH & Co. muß der auf die GmbH-Anteile entfallende Preis zur Ermittlung des Veräußerungsgewinnes (§ 16 EStG) mit herangezogen werden. Das gleiche gilt, falls nur ein Kommanditanteil veräußert wird; § 16 Abs. 1 Ziff. 2 EStG.

II. Das Vorliegen von Mitunternehmerschaft (§ 15 Ziff. 2 EStG), wenn die Kommanditisten lediglich die GmbH-Anteile einbringen

Die GmbH & Co. KG ist auch steuerlich als echte Personengesellschaft anerkannt[212]. Die auf die Kommanditisten entfallenden Gewinnanteile unterliegen daher der Einkommensteuer als Einkünfte aus Gewerbebetrieb; § 2 Abs. 3 Ziff. 2 EStG i.V.m. § 15 Ziff. 2 EStG. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß der Kommanditist als Mitunternehmer anzusehen ist; § 15 Ziff. 2 EStG. Mitunternehmerschaft liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn das Unternehmen nicht nur formal durch die Tatsache seiner Rechtsform, sondern auch wirtschaftlich tatsächlich für Rechnung mehrerer betrieben wird[213]. Mitunternehmerschaft liegt daher nur bei

---

212) RFH Urt. v. 18. 2. 1933 = StuW 1933 Nr. 326; BFH Urt. v. 16. 9. 1958 (I 351/56) = BStBl. 58, III, 462; sowie BFH I 224/60 U.v. 14.3.1961, BStBl. 1961, III, S. 363.

213) BFH I 25/61 U.v. 28. 2. 1961 = BStBl. 1961 III, S. 252; BFH IV 246/59 v. 1. 2. 1962 = StRK EinkSt. § 15 R 317.

echter Risikoteilhabe vor[214].

An einer echten Risikoteilnahme der Kommanditisten könnte man vielleicht zweifeln, wenn diese nur die GmbH-Anteile als Hafteinlage in das Gesellschaftsvermögen leisten, während die GmbH ihr gesamtes Vermögen in die Gesellschaft einbringt. Es sieht dann so aus, als hätten die Kommanditisten lediglich die Stammeinlagen der GmbH aufgewandt und mit der Gründung der GmbH & Co. überhaupt kein neues Risiko übernommen.

Schon bei der Untersuchung der Haftungsfragen[215] wurde jedoch dargestellt, daß die GmbH-Anteile durchaus einen selbständigen, realisierbaren Wert darstellen können, der rechtlich und wirtschaftlich streng von den Aktiven der GmbH oder GmbH & Co. unterschieden werden muß. In diesen Fällen erfährt die GmbH & Co. durch die Einlage einen echten Vermögenszuwachs. Diesen kann sie dadurch realisieren, daß sie sich den auf die GmbH entfallenden Gewinnanteil ausschütten läßt oder die Anteile an Dritte verkauft. Die Kommanditisten nehmen also insoweit am Risiko der GmbH & Co. teil, als sie realisierbare Vermögenswerte dem Zugriff und der Haftung für Verbindlichkeiten der GmbH & Co. unterstellen. An einer Bereitschaft zur Mitunternehmerschaft besteht daher in diesen Fällen kein Anlaß[216].

Aber auch dann, wenn die GmbH-Anteile wegen Überschuldung der GmbH keinen Wert darstellen, nehmen die Kommanditisten am Risiko der GmbH & Co. KG teil. Die Kommanditisten haften dann in Höhe der im Register

---

214) BFH IV 574/53 U.v. 9.9.1954, BStBl. 1954, III, S. 317: "Beteiligung am Betrieb auf Gedeih und Verderb".

215) oben S. 98 f.

216) So auch Fetsch, aaO., S. 23.

eingetragenen Haftsumme weiter persönlich (§ 171 Abs. 1, 1. Halbs. HGB). Denn durch eine Sacheinlage wird die Haftung der Kommanditisten nur dann gem. § 171 HGB auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, wenn Einlage, in Geld ausgedrückt, der übernommenen Haftsumme entspricht. Das Risiko, das die Kommanditisten dann durch die Gründung der GmbH & Co. neu übernehmen, besteht also darin, daß sie die auf die Haftsumme beschränkte persönliche Schuldenhaftung für Verbindlichkeiten der GmbH & Co. tragen. Sie sind also auch in diesem Fall steuerlich als Mitunternehmer i.S. von § 15 Ziff. 2 EStG anzusehen.

III. Die steuerlich wirksame Gewinnverteilung und die Voraussetzungen zum Abschluß eines Ergebnisabführungsvertrages mit der GmbH

Ein wesentlicher Grund für die Gründung einer GmbH & Co. KG ist die Vermeidung der Doppelbesteuerung. Der Gewinnanteil der Kommanditisten fällt bei der GmbH & Co. diesen unmittelbar zu ohne Zwischenschaltung eines neuen Steuersubjektes. Das gilt jedoch nicht für den Gewinnanteil der GmbH. Dieser stellt bei der GmbH vielmehr ein der Körperschaftssteuer unterliegendes Einkommen dar; § 6 KStG, §§ 2 Abs. 3 Ziff. 2, 15 Ziff. 2 EStG. Schüttet die GmbH den Gewinn aus, so haben ihn die Kommanditisten nochmals als Einkommen aus Kapitalvermögen zu versteuern; § 2 Abs. 3 Ziff. 5 i.V.m. § 20 Abs. 1 Ziff. 1 EStG.

Die Doppelbesteuerung wird insoweit auch durch den Erwerb der Anteile unter der Firma der KG nicht vermieden. Der einzige Unterschied zu dem Normalfall der GmbH & Co. ist vielmehr der, daß, da die Anteile nunmehr zum Betriebsvermögen der Kommanditisten gehö-

ren, der von der GmbH ausgeschüttete Gewinn bei der einheitlichen Gewinnfeststellung berücksichtigt werden muß.

Eine beliebige Regelung der Gewinnverteilung im KG-Vertrag wird steuerlich nicht anerkannt. Die Finanzrechtsprechung hat für die GmbH & Co. den Grundsatz aufgestellt, daß die Gewinnverteilung, soweit sie steuerlich beachtlich sein soll, dem Einsatz entsprechen muß, den die Beteiligten an Kapital, Haftungsrisiko oder Arbeitskraft leisten[217].

Von der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, daß bei Vorliegen eines sogenannten "Organverhältnisses" die Geschäftsergebnisse einer Kapitalgesellschaft nicht ihr, sondern einer anderen Person zuzurechnen sind, wenn dies dem Inhalt eines dahingehenden Gewinn- und Verlustausschlußvertrages entspricht. Eine Kapitalgesellschaft soll dann Organgesellschaft (Untergesellschaft) sein können, wenn sie in ein anderes Unternehmen (Obergesellschaft) finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch dergestalt eingegliedert ist, daß sie als eine Art Geschäftsabteilung der Obergesellschaft angesehen werden muß[218].

---

217) RFH VI A 801/35 U.v. 30.9.36 = RStBl. 1936, S. 1099; BFH IV 246/50 S Urt. v. 22.8.1951 = BStBl. 1951 III, S. 181; vgl. auch Hesselmann, GmbHR 1965, S. 38 ff. sowie ausführlich Felix, aaO., S. 41 f.; Böttcher, Stbjb. 63/64, S. 129 ff.

218) So in ähnlich wiederkehrenden Formulierungen: RFH I A 226/29 Urt. v. 30.1.1930 = RStBl. 30, S. 148; RFH I A 60/36 Urt. v. 26. 10. 37 = RStBl. 1938, S. 365; RFH I 15/44 Urt. v. 9. 5. 44 = RStBl. 44, 539; BFH I 119/56 U. v. 25. 5. 47 = BStBl. 1957, III, S. 303; vgl. auch die Formulierung in § 2 Abs. 2 Ziff. 2 UStG für die umsatzsteuerliche Organschaft.

Der Bundesfinanzhof hat ausgesprochen[219], daß zur Bejahung der finanziellen Eingliederung eine unmittelbare Beteiligung am Kapital der Organgesellschaft erforderlich ist, die mehr als 50 % beträgt. Gleichzeitig muß der Obergesellschaft auch die Kontrolle über die Willensbildung in der Gesellschafterversammlung des Organs zustehen. Das Erfordernis der finanziellen Eingliederung ist deshalb von den Auswirkungen auf die Entschlußfreiheit des Organs zu bestimmen[220].

Für die GmbH & Co. KG wird das Vorliegen eines Organverhältnisses daher von den meisten Autoren mit der Begründung abgelehnt, daß nicht die KG die GmbH beherrsche, sondern gerade umgekehrt die KG von ihrer Komplementärin in ihren Willensentschlüssen abhängig sei[221].

Es fragt sich, ob diese Frage anders zu beurteilen ist, wenn die Anteile der GmbH von der KG erworben sind und damit im Betriebsvermögen der Kommanditisten stehen. In diesem Fall hält z.B. Böttcher[222] den Abschluß eines Ergebnisausschlußvertrages für möglich, wenn als weitere Voraussetzung hinzukommt, daß der KG-Vertrag so ausgestaltet ist, daß die GmbH nur nach außen persönlich haftende Gesellschafterin ist,

---

219) BFH I 63/59 S v. 25. 10. 1960 = BStBl. 61 III, 69.

220) Vgl. Fetsch, aaO., S. 52 m.w.Nachw..

221) Hesselmann, BB 1964, S. 1351 ff. (1357); Burhoff, GmbHR 1960, S. 172; Fetsch, aaO., S. 57; so auch BdF in Claß IV A

222) Böttcher, StBerJb 63/64 S. 131; vgl. auch Lange, NWB Fach 18, S. 352, der finanzielle Eingliederung dann für möglich hält, wenn die GmbH-Anteile zum Betriebsvermögen der Kommanditisten gehören, also ohne daß die Anteile übertragen werden bei Spaltung in Produktions- und Vertriebsgesellschaft.

im Innenverhältnis aber lediglich ein weisungsgebundener Angestellter der GmbH & Co.

Dagegen wendet sich Fetsch[223]. Die Stellung als Komplementär einer KG schließe das Vorliegen einer organschaftlichen Abhängigkeit zwingend aus. Die Tätigkeit eines Mitunternehmers erschöpfe sich nicht in einem unselbständigen Fördern der gewerblichen Interessen der übrigen Gesellschafter nach Art einer Geschäftsabteilung. Auf die Frage, ob die GmbH-Anteile in den Händen der Kommanditisten oder im Vermögen der GmbH & Co. stehe, komme es daher gar nicht an[224].

Dem ist insoweit zuzustimmen, als für das Vorliegen eines Organschaftsverhältnisses nicht entscheidend ist, ob die GmbH-Geschäftsanteile im Besitz der Kommanditisten oder der GmbH & Co. sind. Die oben erwähnte Entscheidung des BFH[225] befaßt sich mit einer juristischen Person als Organträger. Für diesen Fall hat der BFH allerdings zur Bejahung der finanziellen Abhängigkeit gefordert, daß die Geschäftsanteile der Organgesellschaft zu wenigstens 50 % zivilrechtlich im Eigentum der Obergesellschaft stehen. Für die Kommanditgesellschaft kommt es aber maßgebend nicht auf das zivilrechtliche Eigentum an. Genügend ist vielmehr, wenn die Anteile einkommensteuerlich als im Betriebsvermögen der KG stehend anzusehen sind[226], (notwendiges Betriebsvermögens). Diese Voraussetzung kann aber auch dann erfüllt sein, wenn die Anteile zivilrechtlich den Kommanditisten gehören und eine gleiche Be-

---

223) Fetsch, aaO., S. 56.

224) Fetsch, aaO., S. 56, Anm. 203.

225) BFH = BStBl. 1961, III, S. 69.

226) So auch Fin.Min. NRW, Erlaß v. 18. 5. 1962 - S 2526 a - = BB 1962, S. 667.f.; Lange, aaO., S. 362.

teiligung an beiden Gesellschaften gegeben ist[227]. Das gilt in den Fällen, in denen sich die Aufgabe der GmbH nicht lediglich in der Geschäftsführung für die GmbH & Co. erschöpft, sondern die GmbH im Rahmen einer Aufgabenteilung eine eigene Tätigkeit im Betriebsablauf der GmbH & Co. leistet. So z.B. bei Aufteilung in eine Produktions- und Vertriebsgesellschaft. Andererseits setzt das Vorliegen einer Organschaft in jedem Falle voraus, daß die GmbH einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält[228]. Nur wenn dieser Betrieb nach Art einer bloßen Geschäftsabteilung in den Produktionsablauf der GmbH & Co. eingegliedert ist, kann man das Vorliegen einer organschaftlichen Abhängigkeit annehmen. Diese ist deswegen, außer in dem Fall, daß die GmbH neben der Geschäftsführung für die KG nicht am Wirtschaftsleben teilnimmt, auch immer ausgeschlossen in den Fällen der Betriebsaufspaltung in eine Besitz- und Kapitalgesellschaft. Es fehlt hier an der erforderlichen Eingliederung in den Geschäftsbetrieb der GmbH & Co.[229].

Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, daß der Erwerb der GmbH-Anteile durch die KG nicht unbedingt Voraussetzung für die Annahme einer organschaftlichen Abhängigkeit zwischen GmbH und GmbH & Co. ist. Denn in allen Fällen, in denen die GmbH eine eigene Betriebsstätte unterhält - in denen also Organschaft überhaupt möglich ist - stehen die Geschäftsanteile bei gleicher Beteiligung sowieso im Betriebsvermögen der GmbH & Co.

---

227) Vgl. oben S. 104.

228) Der Betrieb 1960, S. 425; Lange, aaO., S. 351; Fin.Min.NRW Erlaß v. 16.3.1965 - S 2526 a - und Der Betrieb 1965, S. 422.

229) BFH v. 25.6.1957 = BStBl. III, S. 303; BFH Urt. v. 7.3.1961 = BStBl. III, S. 211.

Auf die zivilrechtliche Eigentumslage kommt es demnach nicht an.

Allerdings wird der Erwerb der Anteile durch die KG wegen der damit regelmäßig verbundenen Gestaltung des KG-Vertrages dazu führen, daß die GmbH im Innenverhältnis tatsächlich nur noch wie ein Angestellter der KG anzusehen ist. Die erforderliche willensmäßige Unterordnung der GmbH unter die GmbH & Co. Obergesellschaft wird daher hier häufiger vorliegen als sonst.

Auch bei Vorliegen eines Organschaftsverhältnisses zwischen GmbH & Co. läßt sich jedoch das angestrebte Ziel nicht erreichen, die Doppelbesteuerung des auf die GmbH entfallenden Gewinnanteile durch Abschluß eines Ergebnisausschlußvertrages zu vermeiden.

Die Einbeziehung des Gewinnanteils der GmbH am Ergebnis der KG in einen Ergebnisabführungsvertrag würde zunächst zu praktischen Unmöglichkeiten führen. Denn der Gesamtgewinn der GmbH & Co. kann immer erst unter Einbeziehung der Abführungsverpflichtung der GmbH festgestellt werden. Die Forderung oder Verpflichtung des Organträgers aus dem Ergebnisabführungsvertrag ist nämlich mit Bestandteil des Jahresgewinnes der GmbH & Co.. Da die Höhe der Abführungsverpflichtung der GmbH aber ihrerseits wieder von dem einheitlich festgestellten Gewinn der GmbH & Co. abhängig ist, läßt sich der abzuführende Betrag nicht endgültig feststellen[230].

Selbst wenn man sich aber über diese Bedenken hinwegsetzen wollte, müßte der Einbeziehung des Gewinnanteils der GmbH aus der GmbH & Co. steuerlich die

---

230) So auch Behrens, Der Betrieb 1961, S. 522; Lange, aaO., S. 351; a.A. Hesselmann, Handbuch (5. Aufl.), S. 168/169; im Ergebnis ebenfalls Fetsch, S. 58.

Anerkennung versagt werden. Wirtschaftlich würde eine solche Vereinbarung den Ausschluß der GmbH vom Gewinn der GmbH & Co. KG bedeuten. Vom Verlust würde die GmbH im Innenverhältnis auch ausgeschlossen. Das gilt aber nur soweit, als die GmbH & Co. vermögend ist. Denn die GmbH schließt als Dritte mit der GmbH & Co. ab, so daß sie sich wie andere Gläubiger die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen gefallen lassen müßte[231]. Die Möglichkeit, das Geschäftsergebnis einer juristischen Person bei Vorliegen eines Organverhältnisses einem anderen (herrschenden) Unternehmen zuzurechnen, ist von der Rechtsprechung im Hinblick auf anders gelagerte Fälle eingeräumt worden. Hier würde sie dazu führen, Gewinnverteilungen innerhalb einer GmbH & Co., die sonst als verdeckte Gewinnausschüttungen angesehen werden, zu legalisieren.

Dazu kommt noch, daß der Ergebnisabführungsvertrag in jedem Fall so geschlossen werden könnte, daß die GmbH immer soviel Kapital behält, wie sie zur Erfüllung der ihr innerhalb der GmbH & Co. zukommenden Aufgaben braucht.

Der nur zur Ersparung der Körperschaftssteuer geschlossene Ergebnisabführungsvertrag würde sicherlich unter dem Gesichtspunkt des § 6 Abs. 1 StAnpG steuerliche Anerkennung nicht finden können.

Somit bleibt der Abschluß eines Ergebnisabführungsvertrages auf den Gewinn beschränkt, den die GmbH selbst immerhalb des gesamten Betriebsprozesses der GmbH & Co. erwirtschaftet hat. Es ist anerkannt, daß sich ein Ergebnisabführungsvertrag auch auf einen klar abgegrenzten Teil des Gewinnes beziehen kann[232].

---

231) Böttcher, aaO., StBJb 63/64, S. 130.

232) Lange, aaO., S. 352; Fetsch, aaO., S. 59, insbes. Anm. 208 mit weiteren Nachweisen.

Gerade bei der GmbH & Co. kann das praktisch von Bedeutung sein. Man denke an den gar nicht ungewöhnlichen Fall, daß eine Produktions-Kommanditgesellschaft ihre Produkte über eine Verkaufs-GmbH vertreibt. Die beiden Gesellschaften können dann auf die einfachste Weise ineinander zu einer GmbH & Co. KG verschmolzen werden, indem die KG mit ihrer Tochter eine Kommanditgesellschaft eingeht, in der die Kommanditgesellschaft Kommanditistin wird, während die GmbH die Komplementärstellung übernimmt. In diesem Fall stünde dem Abschluß eines Ergebnisabführungsvertrages hinsichtlich des von der GmbH erzielten Gewinnes aus dem Verkauf m.E. nichts im Wege, sofern der KG-Vertrag der GmbH im Innenverhältnis eine abhängige Stellung gibt.

Lebenslauf

Am 13. Oktober 1940 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Dr. Rolf Ippen und der Käthe Ippen, geb. Siemers in Rüdersdorf b. Berlin geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Die Reifeprüfung legte ich am 10. März 1960 im altsprachlichen Burggymnasium zu Essen ab. Nach juristischem Studium an den Hochschulen von Freiburg (2 Semester), Hamburg (2 Semester) und Münster (3 Semester) bestand ich am 7. Dezember 1963 die 1. juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem OLG Hamm/Westf. Während der anschließenden Referendarzeit nahm ich ebenso wie während der vorangegangenen Studienzeit Gelegenheit zu praktischer kaufmännischer Tätigkeit in verschiedenen Firmen. Zur Zeit bin ich als Referendar dem OLG Hamm zur Ausbildung zugewiesen.